

Todos los derechos el Derecho

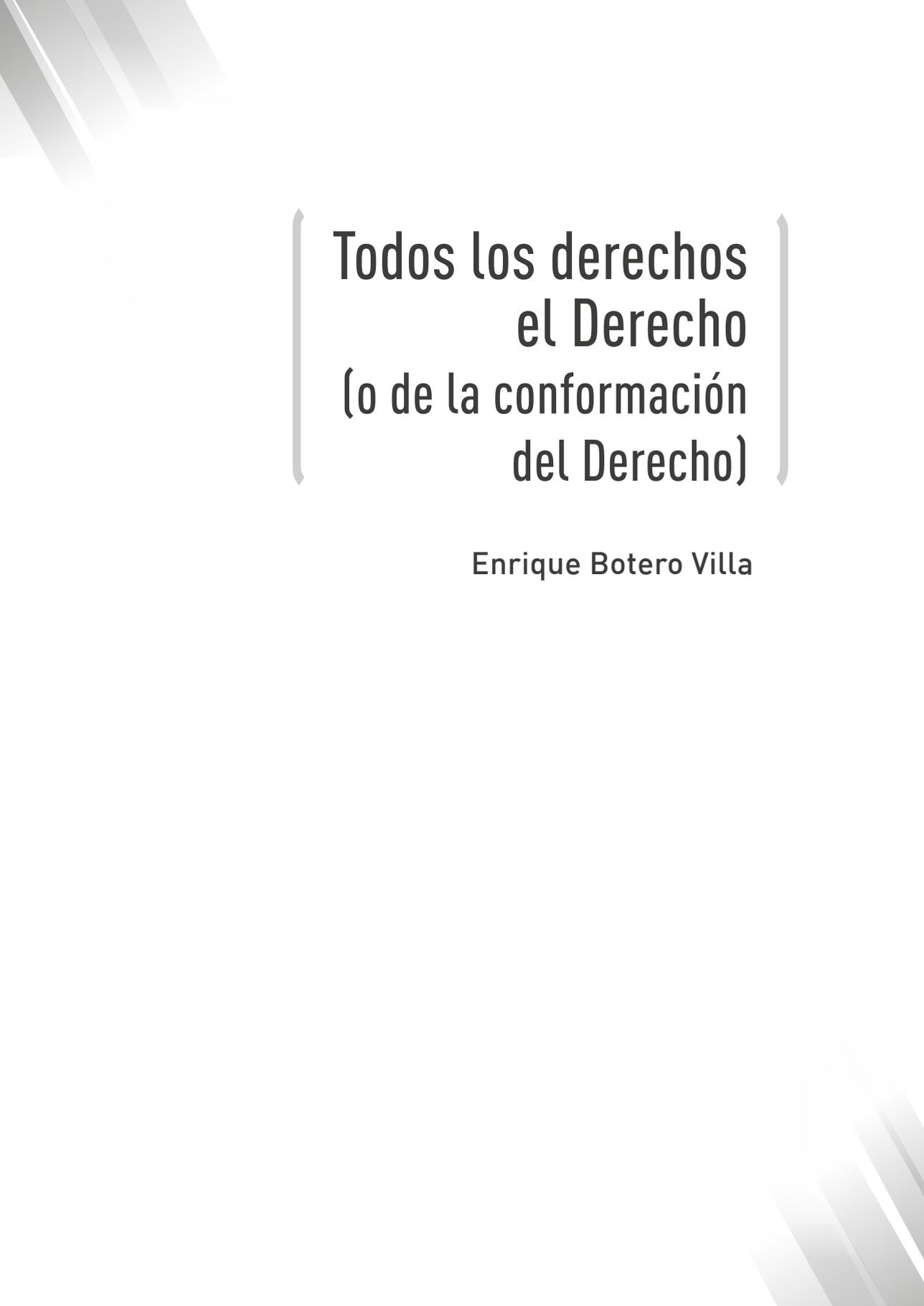
(o de la conformación del Derecho)

➤ Enrique Botero Villa



Enrique Botero Villa

Nacido en Medellín en 1988; abogado de la Universidad Pontificia Bolivariana, graduado en el año 2011. Ejerce como abogado litigante en procesos que cursan en las jurisdicciones ordinaria y de lo contencioso administrativo. Es profesor de cátedra del pregrado en Derecho, y de la especialización en Derecho procesal de la Universidad Pontificia Bolivariana.



**Todos los derechos
el Derecho
(o de la conformación
del Derecho)**

Enrique Botero Villa

340.01
B748

Botero Villa, Enrique, autor

Todos los derechos el Derecho (o de la conformación del Derecho) / autor Enrique Botero Villa – Medellín: UPB, 2022. 125 p, 17 x 24 cm. ISBN: 978-628-500-054-6 (versión digital)

1. Derecho – Colombia – 2. Ordenamiento jurídico –
3. Restablecimiento del derecho – 4. Responsabilidad civil
extracontractual – I. Título

CO-MdUPB / spa / rda
SCDD 21 / Cutter-Sanborn

© Enrique Botero Villa
© Editorial Universidad Pontificia Bolivariana
Vigilada Mineducación

**Todos los derechos el Derecho
(o de la conformación del Derecho) Primera parte**

ISBN: 978-628-500-054-6 (versión digital)

Primera edición, 2022

Escuela de Derecho y Ciencias Políticas

Facultad de Derecho

Arzobispo de Medellín y Gran Canciller UPB: Mons. Ricardo Tobón Restrepo

Rector General: Pbro. Julio Jairo Ceballos Sepúlveda

Vicerrector Académico: Álvaro Gómez Fernández

Decano de la Escuela de Derecho y Ciencias Políticas: Jorge Octavio Ramírez

Editor: Juan Carlos Rodas Montoya

Gestor Editorial: Andrés Felipe Duque Pedroza

Coordinación de Producción: Ana Milena Gómez Correa

Corrección de Estilo: Casagazapos

Diagramación: María Isabel Arango Franco

Dirección Editorial:

Editorial Universidad Pontificia Bolivariana, 2022

Correo electrónico: editorial@upb.edu.co

www.upb.edu.co

Telefax: (57)(4) 354 4565

A.A. 56006 - Medellín - Colombia

Radicado: 2193-28-04-22

Prohibida la reproducción total o parcial, en cualquier medio o para cualquier propósito sin la autorización escrita de la Editorial Universidad Pontificia Bolivariana.

Contenido

Todos los derechos el Derecho (o de la conformación del Derecho) 7

Libro primero

De la nulidad y el restablecimiento del derecho, o de un medio de conformación del ordenamiento jurídico colombiano..... 9

I. Los medios de conformación del derecho colombiano.....	9
A. El medio legislativo.....	10
B. El medio judicial.....	14
C. El medio administrativo.....	21
II. El producto del medio administrativo: el acto administrativo.....	25
A. Consideración dinámica del acto administrativo: el acto administrativo como acto jurídico.....	29
B. Consideración estática del acto administrativo: el acto administrativo como norma jurídica.....	34
III. La depuración del ordenamiento jurídico colombiano.....	42
IV. El proceso de nulidad y restablecimiento del derecho.....	59
A. El litigio.....	60
B. El proceso.....	63
Un puente.....	68

Libro segundo

Ensayo de una ciencia general de la responsabilidad civil extra-contractual en el derecho positivo colombiano..... 69

Primera parte.....	69
Retrospección de la responsabilidad civil extra-contractual.....	69
Primera sección.....	70
La retrospectiva de las cosas.....	70
Segunda sección.....	71
La retrospectiva de las relaciones.....	71
Tercera sección.....	81
La retrospectiva de los hechos.....	81

Segunda parte	104
Perspectiva de la responsabilidad civil extracontractual	104
Primera sección	105
La perspectiva de las cosas	105
Segunda sección	107
La perspectiva de las relaciones	107
Tercera sección	111
La perspectiva de los hechos.....	111
Tercera parte	113
Prospección de la responsabilidad civil extra-contractual.....	113
Primera sección.....	114
La prospectiva de las cosas	114
Segunda sección	116
La prospectiva de las relaciones.....	116
Tercera sección	121
La prospectiva de los hechos.....	121
Conclusiones	122
Referencias	123

Todos los derechos el Derecho (o de la conformación del Derecho)

Aunque desde hace algunos años, que ya me parecen muchos, la inteligencia del Derecho me reclama, junto con la de la realidad toda, la mejor y acaso la mayor parte de mi modesta actividad científica, lo cierto es que solo desde hace tres, que yo sepa, se hizo en mí la conciencia del Orden, o, para ser más preciso, la de su necesidad.

Esa necesidad no solo es la causa de los dos trabajos que ahora se presentan reunidos, sino que lo es de la reunión misma, para la cual hacía falta descubrir, en sus diversas apariencias, la razón de su unidad. Esa razón, después de todo, es el Orden, lo cual no pasa de una vana tautología, a menos que se caiga en la cuenta de que el Orden, al tiempo que *principio*, es *medio* y es *fin* de sí propio. En otras palabras: no se *actúa* más que el Orden *descubierto*, y no se *realiza* más que el Orden *actuado*.

El eco de esta verdad también resuena para el Derecho, que, bien visto, se presenta como un orden medianero entre el que, por ser anterior, hay que descubrirlo, y el que, porque hay que realizarlo, solo puede ser posterior. Esta medianería es, justamente, la que explica, aunque la explicación esté menos razonada que intuida, que los abogados, al orden medianero, o sea al derecho, y a su resulta, o sea al orden posterior, les digan *ordenamiento*, y que, en cambio, la palabra *Orden* se reserve, o deba reservarse, a la designación de un modo de ser o, mejor todavía, del Ser, más allá de su modo, en cuya plenitud todos los *seres son*, así como *todos los fuegos el fuego*, según la felicísima fórmula de un bravo escritor argentino.

Al Derecho, al orden medianero del que he hablado, también hay que *realizarlo*, esto es, hay que hacerlo existir. Esta función, en general, recibe de mí el nombre de *conformación*. Ahora bien: para que sirva a ordenar no basta con hacer existir el derecho; huelga, en adición, que exista de una cierta manera, a la cual yo me refiero con la palabra *suficiencia*, que significa, puesto que el ordenamiento lo es de normas, que en él no haya ni más ni menos normas de las que debe haber para que el orden sea realidad y para

que la realidad sea ordenada. El riesgo del exceso normativo es precavido en Colombia con la *depuración*, de donde resulta la *conformación depuradora*; el del defecto se combate con la *integración*, gracias a la cual se consigue la *conformación integradora*. Sin embargo de lo anterior, hay que notar que ya no al *ordenamiento* de normas, cuanto a las normas del *ordenamiento* pueden baldarlas el exceso y el defecto. Por esto, ocurre en Colombia que las normas jurídicas tanto más generales son cuanto mayor es, por decirlo así, la distancia de su autor en relación con el conflicto al que aquellas normas se refieren, lo cual, al mismo tiempo que la ventaja de la certeza, obra el sacrificio de la justicia. Precisamente para aproximar la certeza a la justicia, o sea, la generalidad de la norma a la particularidad del caso conflictivo, es que, mediante una sucesiva especificación de la ley, se echa mano de la *confirmación* y, para mayor exactitud, de la *confirmación descendente*, a la que se opone la *confirmación ascendente*, que le es muy cara a los países en que se habitúa el *case law*, de modo que, por la vía del *precedente*, los ámbitos de vigencia de la norma más específica, en la medida en que es replicada por órganos más distantes del conflicto, tienden a una progresiva generalización, es decir, a un más acusado acercamiento de la justicia a la certeza. Se tiene de esto la tercera manifestación de la *conformación*, a la cual me refiero como *conformación confirmadora*.

A una exposición de la *conformación confirmadora* contribuye el trabajo que intitulé *Ensayo de una ciencia general de la responsabilidad civil extra-contractual en el Derecho positivo colombiano*, escrito el año 2020; sobre la *conformación depuradora* versa, en cambio, el trabajo llamado *De la nulidad y el restablecimiento del derecho, o de un medio de conformación del ordenamiento jurídico colombiano*, escrito en el año 2021.

Como sea, en cuanto a los textos antedichos, la precedencia cronológica no significa preeminencia lógica: quienquiera entender cabalmente el carácter *confirmativo* de la responsabilidad civil, tendrá que vérselas, primero, con el discurso que trata de la eficacia *depuradora* de la *nulidad y el restablecimiento del derecho*. La razón es simple: hace dos años, cuando puse por escrito el *Ensayo*, ignoraba lo que después, cuando compuse *De la nulidad y el restablecimiento del derecho*, me pareció de una evidencia incontestable: que el Derecho, como la Tierra, tiene longitud y latitud propias; aquella se hace con la *integración* y con la *depuración*; esta se determina con la *confirmación*. Después de todo, admitida la universalidad del Orden, será forzoso admitir que, como en lo más grande, también en lo más pequeño, su forma —la del Orden— es la de la *versio in unum*.

Libro primero

De la nulidad y el restablecimiento del derecho, o de un medio de conformación del ordenamiento jurídico colombiano

I. Los medios de conformación del derecho colombiano

1. En general, entiendo por medios de conformación del Derecho las normas de la Constitución política (Const. pol.), o de otras fuentes (y que, en cuanto inferiores, se suponen conformadas a aquella), que les confieren a ciertas personas poderes para que al cabo de su ejercicio reviertan en normas que, al imponer deberes u obligaciones y atribuir derechos correlativos, propicien, ya la prevención del litigio, ya su composición, ya, en el conflicto actual o potencial, el servicio de los intereses conflictivos que dividen a los hombres.
2. Dicho, pues, de otra forma, los medios de producción del Derecho son, en primer lugar, normas jurídicas antelares que apoderan a ciertas personas para la creación de sucesivas normas jurídicas.
3. Pero si el medio se identifica con un camino, y más aún, si el camino ha sido hecho para ser caminado, justo será que, al lado de las normas que apoderan, sean comprendidos dentro del medio los hechos humanos que representan el cumplimiento de aquellas o, mejor todavía, el desarrollo del poder que por ellas mismas se confiere.
4. Considerados así los medios a los que me refiero, en ellos puede reconocerse un aspecto estático, o sea el constituido por las normas que apoderan, y un aspecto dinámico, o sea el constituido por los hechos humanos con los que se realizan aquellos poderes normativos.
5. Con todo, si se me consiente insistir en la asimilación del medio con el camino, y ya que este solo rinde cuando es caminado, su descripción —la del camino— no quedará completa hasta que al camino y al caminar se integre el caminante.
6. Puesto que los caminos del Derecho son la legislación, la judicatura y la administración, al tránsito preferente de cada uno están destinados (según la conocida ley biológica del órgano subordinado a la función) los

órganos que mejor se les adaptan y que, de paso, representan los poderes tradicionales del Estado, es decir, el legislativo, el judicial y el ejecutivo.

7. La razón de la diversidad de los medios y, en particular, de su tradicional carácter trino, antes que en la ciencia ha de buscarse en la conveniencia, lo que da tanto como decir en la política. Si, por de pronto, el objetivo del Derecho es, integrando la sociedad, evitar la desintegración de los asociados, quiero decir de los individuos, quizás se haya supuesto que a esa integración se provee mejor atendiendo a la posición que relativamente a los conflictos de intereses suele ocupar cada uno de esos órganos.
8. Así, si el legislador y el juez están situados por fuera de los conflictos sobre los que deben juzgar, el segundo, que los tiene ante sí, los juzga porque los ve; el primero, que nos los ve, los juzga porque los prevé. El administrador, por su parte, no solo no está excluido de los conflictos, sino que, la mayoría de las veces, esta inmerso en ellos, lo que lo convierte en un órgano parcial, distinto de los dos primeros, a los que los define la imparcialidad.
9. En los párrafos siguientes, con más detalle, me ocuparé de discurrir sobre cada uno de los medios en cuestión a la vista del ordenamiento jurídico colombiano.

A. El medio legislativo

10. De acuerdo con el art. 113 de la Const. pol. (Asamblea Nacional Constituyente, 2016), la legislativa es una "Rama del Poder Público", y el órgano que la representa, el Congreso de la República, está encargado, según el art. 114 de la Const. pol. (Asamblea Nacional Constituyente, 2016), entre otras cosas, de reformar la Constitución y de hacer las leyes.
11. Se puede decir, a grandes rasgos, que, en particular, las normas que le atribuyen al Congreso de la República el poder de hacer leyes son las expresadas en los arts. 150, 151 y 152 de la Const. pol. (Asamblea Nacional Constituyente, 2016).
12. La cuestión consiste en saber qué significa hacer leyes, y todavía más, qué cosa son las leyes.
13. A todas las invenciones normativas, o al menos a las que se las identifica con la palabra *Derecho*, las precede la urgencia del orden. El Derecho sirve para ordenar y, por consecuencia, lo que con él se quiere ordenar preexiste en desorden.

14. El Derecho aspira a ordenar a los hombres; a estos los desordena, o estos se desordenan por el conflicto. A nadie tendría que extrañarle, según lo que estoy explicando, que si el Derecho supone una reacción sobre el desorden, su cualidad de tal (de desorden) no se pueda determinar más que en relación con un orden presupuesto que, a falta de la adherencia espontánea de algunos, les compete a otros, justamente mediante el Derecho, imponérselo a aquellos.
15. En la base ontológica del conflicto está la economía. Las carencias de los hombres son más numerosas y más constantes que las cosas aptas para remediarlas. La infinitud de las unas, que contrasta con la finitud de las otras (Carnelutti, 2013), hace que en ocasiones ordinarias, respecto de un único bien, haya dos o más individuos interesados.
16. Por razones de índole histórica, puede considerarse una suposición fundada la de que, salvo por la mediación de la caridad o del miedo, que son medios de coordinación del conflicto a los que se recurre muy poco (es el caso de la caridad) o cuya eficacia es muy dudosa (es el caso del miedo), los intereses contrapuestos de dos o más hombres sobre la misma cosa amenazan con transformarse en la exigencia del uno de que el interés del otro se le sacrifique al propio, y de la oposición de este a la exigencia de aquel.
17. Es esto último —la exigencia subordinante de un hombre y la insubordinación de otro— a lo que se le llama litigio. Si se me admite una analogía patológica, diré que su efecto —el del litigio— en la sociedad es tan nocivo como el del cáncer en el organismo animal, de manera que, no solo si no se lo combate, sino que si no se lo combate a tiempo, su proliferación, y con ella la consunción del cuerpo social, son inevitables.
18. En el art. 2 de la Ley 4 del 1913 (Ley 4/1913) (República de Colombia, 1913) está dicho que la ley es un acto del Congreso de carácter general que, según el mismo artículo, está llamado a regir en todo el país. Esta definición de la ley, por supuesto incompleta, tiene, sin embargo, la virtud de destacar algunos de sus límites, cuales son su emisor (el Congreso de la República), la calidad de su declaración (su generalidad) y la amplitud de su destinatario (todo el país).

19. Una definición de la ley que se pretenda más completa, sin desechar los límites antedichos, debe referirse a su aptitud para prevenir los litigios¹, mejor que para componerlos o, dicho de otra forma, para propiciar la coordinación de (las voluntades enfrentadas en) los conflictos y así evitar su degeneración en los desacuerdos, o sea en los litigios. Por eso, en atención a su tendencia ordenadora, de la ley se puede decir que es la declaración de un juicio² o de una orden (una norma) emitida por un sujeto extraño a los conflictos y superior³ a los sujetos que los constituyen, referida a un grupo de hombres caracterizados por ser nacionales colombianos, o por estar en el territorio de Colombia⁴, que, en unos casos, contiene la indicación de una conducta que deben hacer o que deben evitar, aunada a la promesa de un premio o de una pena por la observancia o por la inobservancia de aquella indicación, o que, en otros casos, contiene la indicación del sujeto a quien le compete hacer, ya la indicación de la acción o de la omisión debidas, ya la promisión premial o la promisión penal⁵, ya, a una vez, lo primero y lo segundo.
20. No creo que sea demasía insistir en que la generalidad es un atributo de la ley que se deriva, por una parte, de la necesidad de certeza de todos cuantos son respectados por lo que ella manda y, por otra, de la posición que relativamente a los conflictos de intereses ocupa quien la pronuncia, es decir, el Congreso de la República.

1 No quisiera dejar de aclarar que la prevención del litigio no se reduce a proveer a los fines de su evitación, sino a hacerlo incluso cuando la tal evitación no fue posible. Es por esto que están dotadas de la misma finalidad preventiva de las normas sustantivas —las que imponen obligaciones y atribuyen derechos— las normas mediales, como, por ejemplo, aquellas que le confieren a uno o a varios sujetos el poder de darles órdenes a los sujetos del litigio.

2 Nunca se meditará lo suficiente sobre el parentesco que existe entre el juicio y la orden (la norma): ¿acaso se puede ordenar de otra forma que no sea uniendo? El juicio es el aspecto unitivo de la orden (de la norma).

3 Esta superioridad es, al menos, normativa.

4 A este respecto, atiéndase al inciso segundo del art. 4 de la Const. pol. (Constituyente, 2016).

5 El lector noticioso, sobre todo, habrá tenido ocasión de darse cuenta de que en la definición está hecha una referencia implícita a la ley en sentido sustantivo o final y a la ley en sentido medial. También esta última, a la que se la suele definir como una norma preparatoria de la que habrá de gobernar el conflicto, o sea de la que servirá para prevenir el litigio, hay que reconocerle, en último término, un valor preventivo del litigio, aunque no lo haga más que indirectamente (*vid.* la nota 4, *supra*).

21. Sobre lo primero, —la necesidad de certeza—, querría llamar la atención del lector sobre la comunidad de radicales del sustantivo *ley* y del verbo *leer*, la cual comunidad es todavía más notable en la lengua italiana, en la que *ley* es *legge* y leer se dice *leggere*, lo que, a primera vista, connota a la ley como aquello que puede ser leído y, por extensión, aquello que puede ser visto. Asimismo (y de buen grado asumo el riesgo de exasperar a algún lingüista) existe en latín un inquietante parentesco entre *lex* y *lego*, esta última proveniente del griego λέγω (Miguel, 1931), que significa escoger.
22. En verdad, y no es esta una postulación reciente, hay razones para suponer que la necesidad de certeza no es otra cosa, más allá del ver, que la necesidad de elegir o, según el término que empleé arriba, de escoger. Como quiera que el conflicto de intereses es un litigio en potencia, el paso de lo uno a lo otro debe atribuirse, en definitiva, a la incapacidad de los sujetos en conflicto para coordinar sus escogimientos de tal guisa que sea el acuerdo, no el desacuerdo, el que medie entre ellos.
23. Sobre lo segundo, —la posición del Congreso de la República en relación con los conflictos de intereses—, ello, en rigor, solo puede significar una situación normativa por virtud de la cual el órgano legislativo no tanto tiene la vocación de *mandar a* las partes del conflicto, cuanto de *mandar sobre ellas*, de lo que se sigue que él no solo no es parte, sino que no conoce, o debe hacer como si no conociera, a las partes sobre las que manda, por lo que sus órdenes, en vez de referirse a tal o cual conflicto, por el recurso a la abstracción, se refieren a una serie de conflictos hipotéticos. Desde este punto de vista se diría, y se diría bien, que para abstraer los conflictos la condición es abstraerse de ellos⁶.
24. Por lo demás, según la fraseología empleada en la Const. pol., las leyes, en consideración al modo de ser de los conflictos sobre los que, mediante aquellas, debe proveer el Congreso de la República, pueden ser orgánicas (*cfr.* art. 151 de la Const. pol.; Asamblea Nacional Constituyente, 2016),

6 Quizás pueda considerarse una excepción a la regla de la que estoy tratando la ley por la cual el Congreso de la República, en lugar de legislar para los demás o sobre los demás, legisla para sí mismo, dándose su propio reglamento. El poder de hacerlo le está reconocido por el art. 151 de la Const. pol. Si estoy en lo cierto, cabe reconocer en esa posibilidad la más alta expresión de su soberanía, que es un *maximum* de dominio propio y un *minimum* de dominio ajeno. La heteronomía, en su mayor grado de desarrollo, se confunde, pues, con la autonomía. De esto podrá tener una mejor noción el lector cuando se las vea con la nota 30 (*infra*).

estatutarias (*cf.* art. 152 de la Const. pol.; Asamblea Nacional Constituyente, 2016) y generales (art. 150, núm. 19 de la Const. pol.; Asamblea Nacional Constituyente, 2016). Su producción debe sujetarse al proceso legislativo ordinario (*cf.* arts. 139 y ss. de la Ley 5 de 1992 [L.5/92]; República de Colombia, 1992) o al proceso legislativo constituyente (*cf.* arts. 218 y ss. de la L.5/92; República de Colombia, 1992), para lo cual, en forma de iniciativa legislativa, a más de la que por razones obvias les compete a los congresistas, está consentida la colaboración de otros órganos del Estado, como, por ejemplo, el Gobierno nacional, la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado (*cf.* art. 140 de la L.5/92; República de Colombia, 1992).

25. Al fin, en el art. 157 de la Const. pol. (Asamblea Nacional Constituyente, 2016), están enunciados los requisitos de los cuales depende la definitiva eficacia legal, es decir, normativa, del proyecto legislativo: la publicación, por el Congreso de la República, del proyecto; su aprobación, en primer debate, en la comisión permanente de la cámara en la que se haya originado; su aprobación, por cada cámara, en el segundo debate y, ultimadamente, la sanción del Gobierno nacional.

B. El medio judicial

26. También, según el art. 113 de la Const. pol. (Asamblea Nacional Constituyente, 2016), la judicial es una "Rama del Poder Público". A continuación, en el art. 116 de la Const. pol. (Asamblea Nacional Constituyente, 2016), está dicho que, en Colombia, administran justicia la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, la Comisión Nacional de Disciplina Judicial (antes Consejo Superior de la Judicatura), la Fiscalía General de la Nación, los tribunales, los jueces y la Justicia Penal Militar.
27. En el mismo sentido, aunque como un desarrollo del precepto constitucional antedicho, se ve en el art. 11 de la Ley 270 del 1996 (L.270/96) (República de Colombia, 1996) que la Rama Judicial está conformada por los órganos de la Jurisdicción Ordinaria⁷ (la Corte Suprema de Justicia, los tribunales

7 A la vista de esta disposición legal (la del art. 11 de la Ley 270/96), resulta que en Colombia jurisdicción, además de lo que usualmente ha significado, es un conjunto de órganos que,

superiores del distrito judicial, los juzgados de lo civil, de lo laboral, de lo penal, de lo penal para adolescentes, de lo familiar, de ejecución de penas, de pequeñas causas y competencia múltiple), la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo (el Consejo de Estado, los tribunales y los juzgados de lo administrativo), la Jurisdicción Constitucional (la Corte Constitucional), la Jurisdicción de Paz (los jueces de paz), la Fiscalía General de la Nación y el Consejo Superior de la Judicatura⁸.

28. Los arts. 11, 12 y 13 de la L.270/96 (República de Colombia, 1996) tienen la virtud de ayudar a superar el que, si estoy en lo cierto, es el malentendido que resulta de la lectura del art. 116 de la Const. pol. (Asamblea Nacional Constituyente, 2016), de acuerdo con el cual la Fiscalía General de la Nación, que es un órgano adscrito a la "Rama Judicial" administra justicia, siempre que por la tal administración se entienda la realización de una función idéntica a la que, primordialmente, les corresponde desempeñar a los jueces. Sobre esto es en especial revelador el art. 12 de la L.270/96 (República de Colombia, 1996), que sugiere la distinción entre la propia "Rama Judicial", integrada por los órganos indicados en el art. 11, precitado, y la función jurisdiccional ejercida por aquellos órganos, o, mejor, por algunos de aquellos, es decir, por los de la Jurisdicción Constitucional, el Consejo Superior de la Judicatura, la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, las jurisdicciones especiales⁹ y la Jurisdicción Ordinaria.
29. En efecto, la Fiscalía General de la Nación, aunque órgano de la "Rama Judicial", a la vista de los arts. 250 y ss. de la Const. pol. (Asamblea Nacional Constituyente, 2016), no tanto está tanto destinada a componer litigios, cuanto obligada a "adelantar el ejercicio de la acción penal y [a] realizar la investigación de los hechos que revistan las características de

sobre ciertas series de conflictos, ejercen la función de administrar justicia. Eso explica que en Colombia, contrariamente a aquella idea que sugiere que es una sola, haya diversas *jurisdicciones*.

- 8 No se olvide que, en el último inciso del art. 116 de la Const. pol., está sentada la posibilidad de estatuir la justicia arbitral o, prolongando el uso de la terminología constitucional, la *jurisdicción idem*.
- 9 Al respecto, pueden consultarse los arts. 246 y 247 de la Const. pol., que se refieren a las funciones jurisdiccionales de los pueblos indígenas y a la de los jueces de paz creados por la ley. Con todo, llama mi atención que en la Ley 270/96, en el art. 11, no haya alusión ninguna a la jurisdicción indígena como modalidad de la jurisdicción especial o, acaso, como jurisdicción autónoma.

un delito que lleguen a su conocimiento" (*cf.* art. 250 de la Const. pol.; Asamblea Nacional Constituyente, 2016). De acuerdo con esto, con miras a la superación del malentendido que tengo dicho, hay que preguntarse cuál es la posición que ocupa ese órgano —la Fiscalía— relativamente al conflicto al que el proceso penal se refiere o, expresado de otra manera, de acuerdo con lo que senté arriba (*vid.* número 8, *supra*), si él está en el conflicto o por fuera de este.

30. Aunque la respuesta de esa delicada pregunta, que muy bien merece un trabajo propio, no es el propósito de este, la lectura de los arts. 249 y ss. de la Const. pol. (Asamblea Nacional Constituyente, 2016), así como la de los arts. 23 y ss. de la L.270/96 (República de Colombia, 1996) me hace pensar que se trata de una institución materialmente ajena al conflicto que, sin duda, existe entre la víctima y el victimario, a pesar de lo cual, por ser depositaria del interés que el Estado tiene de castigar a quien ha cometido un delito, se comporta como un órgano administrativo, en lugar de como uno judicial. De este cariz administrativo de la Fiscalía General de la Nación quizás participa el proceso judicial en el que aquella se comporta como una de sus partes, precisamente como la que inaugura el juicio penal con la presentación, ante el juez que corresponda, de la acusación (*cf.* art. 336 del Código de procedimiento penal; Cód. proc. pen.) (República de Colombia, 2021c) de haber realizado alguno una conducta delictiva.
31. Si es cierto que lo de la función administrativa que se desarrolla por la vía del proceso penal es una verdad no exenta de disputas, también lo es que sus fundamentos son coherentes con la convicción de que la función judicial está afectada, en lo primordial, a la composición de los conflictos de intereses devenidos en litigios, y no en cambio, como se espera de la primera, al mejor desarrollo de un interés con independencia del conflicto. Esta última —la función administrativa— supone, por lo general, dos partes afrontadas; aquella —la función judicial—, sin excluir a las partes, incluye a un tercero, el juez, que las observa desde una distancia conveniente.
32. Una mirada atenta del proceso penal sirve para revelar que los contendientes, la Fiscalía y el acusado, no solo no son las partes del conflicto con el que el proceso dice alguna relación (de él son partes, en verdad —ya lo dije— la víctima y el victimario), sino que si entre aquella y este hay hostilidades, estas se deben no tanto a la oposición de intereses diversos, como a la diversa apreciación de cada uno del mismo interés. Es

así que si, como lo senté en el número 30 (*supra*), la Fiscalía es un órgano titular del interés punitivo del Estado, el castigo del culpable de delinquir no es más que el aspecto positivo de aquel interés, al cual, para evitar el falseamiento de su realidad, debe integrarse su aspecto negativo, que es el no castigo del inocente, o sea el mantenimiento de su indemnidad. Se explica así que, además de la posibilidad de celebrar acuerdos (que, en rigor, porque implican una identidad de intereses, no deben confundirse con el contrato, que implica la coordinación de intereses diversos), reconocida en los Arts. 348 y 350 del Cód. proc. pen. (Colombia C. d., Cód. proc. pen. (Ley 906 del 2004), 2021), al objeto de "humanizar la actuación procesal y la pena; obtener pronta y cumplida justicia; activar la solución de conflictos sociales que genera el delito; propiciar la reparación integral de los perjuicios ocasionados con el injusto y lograr la participación del imputado en la definición de su caso", la propia ley procesal penal prevea la aceptación de cargos por parte del acusado (*cf.* art. 351, núm. 5 del art. 356 y el art. 367 del Cód. proc. pen.; República de Colombia, 2021c) y, lo que es todavía más dicente, que la Fiscalía misma pueda pedir del juez la "absolución perentoria" del acusado (art. 442 del Cód. proc. pen.; República de Colombia, 2021c).

33. Si se comprende que el proceso es un artilugio particularmente útil para la comprobación de juicios, que la Fiscalía y el acusado hacen sus propios juicios, y que estos, en punto del interés punitivo, que siempre es el mismo, alguna que otra vez pueden resultar distintos, por no decir contrarios, entonces se comprenderá, también, que es necesario, a los fines de hacer justicia, provocar, así sea artificialmente, una réplica de la confrontación más espontánea que tiene lugar en el típico proceso contencioso, tanto más cuanto que a los juicios de las partes del proceso penal también les subyace el riesgo inminente del error, que podría traducirse en la absolución del culpable y, lo que es peor, en la condena del inocente. A la atenuación de este riesgo, si he creído bien, sirve el enjuiciamiento postrero del juez en lo penal.
34. Una mención especial merece la que se dio en llamar "Jurisdicción Especial para la Paz", que, en su origen, es un régimen normativo introducido de forma transitoria en la Const. pol. por mérito del Acto legislativo 01 del 4 de abril del 2017 (República de Colombia, 2017), orientado, en lo fundamental, al desarrollo del interés punitivo del Estado en relación con "las conductas cometidas con anterioridad al 1º de diciembre del 2016,

por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado, por quienes participaron en el mismo, en especial respecto a [sic] conductas consideradas graves infracciones al Derecho Internacional Humanitario o graves violaciones de los Derechos Humanos [sic]". Aunque el uso del sustantivo jurisdiccional podría sugerir la pertenencia de los órganos vinculados con esa "Jurisdicción" a la "Rama Judicial del Poder Público", lo cierto es que, además de que no conozco un solo precepto que determine expresamente esa vinculación, se puede deducir de la lectura del Parágrafo 2º [sic] del art. transitorio 5 del Acto legislativo 01 del 2017 (República de Colombia, 2017) la ajenidad de aquellos órganos a la Rama susodicha, como que su administración no depende de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, sino del "Secretario Ejecutivo y el Presidente o la instancia de gobierno de la JEP que los magistrados de la misma definan". La exactitud de esta deducción está corroborada por el art. 2 de la Ley 1957 del 2019 (L.1957/19) (República de Colombia, 2019), según el cual la "Jurisdicción Especial para la Paz" es "el componente de justicia del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición".

35. A la sazón, lo que senté sobre el ejercicio de la función administrativa por la vía del proceso penal puede sentarse, también, a propósito del proceso de la "Jurisdicción Especial para la Paz", que, lo repito, es un proceso penal de conductas delictivas relacionadas con el conflicto armado de Colombia (con independencia de lo que haya que entender por conflicto armado), acontecidas hasta el 1 de diciembre del 2016. Es por esto que, salvo algunas diferencias procedimentales y nominales, por la L.1957/19 (República de Colombia, 2019) se dispuso, sobre todo en los eventos de "ausencia de reconocimiento de verdad", un proceso aproximado al que viene dispuesto por los arts. 336 y ss. del Cód. proc. pen. (República de Colombia, 2021), lo que se traduce en la actuación de un trámite aparentemente contencioso en el que intervienen, en lugar de la Fiscalía, la Unidad de Investigación y Acusación (UIA); el propio acusado que, antes de serlo, según el art. 5 de la ley en cuestión (República de Colombia, 2019), es una "persona compareciente a la JEP" y, en vez de un juez o de un tribunal penales ordinarios, la Sección de Primera Instancia o, en cuanto medie la apelación de la sentencia, la Sección de Apelación.

36. Creo no errar si digo que el dato crucial en orden a separar el método judicial del legislativo es el de litigio, también llamado litis. De aquí que si el legislador juzga sobre el litigio posible, es decir, sobre el que todavía no existe, para que no exista, el juez juzga sobre el litigio existente precisamente porque existe. El concepto de litigio, desde antiguo elaborado por la ciencia procesal (italiana, sobre todo), está definido en los números 16 y 17 (*supra*), sobre lo cual quiero hacer las siguientes precisiones:
- a. La función que caracteriza al medio judicial es la composición de los litigios. A decir verdad, el presupuesto de la tal composición es que quien a ella provea esté excluido del litigio, esto es, que en lugar de ser parte sea una no parte o, como se acostumbra decir, un tercero.
 - b. En definitiva, se provee a la composición del litigio mediante la declaración de un juicio o de una orden (una norma) que, a diferencia de la legislativa, más general, tiene la virtud de la especialidad, puesta de presente, gracias a la mayor cercanía del juez con el litigio —quien por eso mismo lo siente o está abocado a sentirlo—, en el nombre mismo de la declaración del juicio que lo compone, a la que se le dice sentencia.
 - c. A semejanza del legislativo, que revierte en la ley, la sentencia es la culminación de un proceso al que puede decirse judicial, y a cuya formación, haciendo explícitos sus juicios particulares, no tanto contribuyen, cuanto deben poder contribuir, las partes del litigio. Dicho sea de paso que, por razones de política judicial, en Colombia los procesos judiciales pueden variar entre sí en consideración al modo de ser de los litigios, por ser compuestos que, de acuerdo con criterios no siempre precisos ni confiables, pueden ser civiles, comerciales, familiares o agrarios (sobre los cuales se provee mediante el proceso general Colombia, 2015); laborales, penales¹⁰ o administrativos (República de Colombia, 2021b) (sobre los cuales se provee, respectivamente, mediante los procesos laboral,¹¹ penal¹² y administrativo).
 - d. Más precisos son, en cambio, los criterios con base en los cuales se distinguen los litigios a cuya composición se provee ya mediante el

10 Tenga a la vista quien me leyere, sobre la dudosa función judicial del proceso penal, esto es, sobre no ser el litigio un contenido que le pertenezca, el discurso del número 30, *supra*.

11 *Vid.* el art. 2 del Código procesal del trabajo y de la seguridad social (Cód. proc. trab.).

12 *Vid.* el art. 29 del Cód. proc. pen.

proceso de conocimiento¹³, ya mediante el de ejecución, previstos ambos en los estatutos procesales general, laboral y administrativo. El primero, el de conocimiento, les conviene a las litis originadas en el no saber; el segundo, el de ejecución, a las originadas en el no tener.

- e. Aun cuando las funciones que se desempeñan a través de los métodos legislativo y judicial son distinguibles, lo cierto es que su complementariedad no está, ni mucho menos, excluida. La prevención del litigio, que es el objetivo primordial de la legislación, se manifiesta en la producción de órdenes esquemáticas, inevitablemente incompletas, que alguna que otra vez deben ser completadas mediante órdenes judiciales más específicas, enriquecidas con la realidad del litigio por ser compuesto, que es a lo que funcionalmente tiende la judicatura.
- f. Visto lo anterior, es fácil dar en la cuenta del motivo por el cual el proceso declarativo es, de todos, el más conocido, y aquel respecto del cual la ciencia del Derecho procesal ha conseguido los avances más notables. Lo antedicho sobre la complementariedad de la legislación y la judicatura no deja de ser la verdad ni siquiera en los casos en que, con el fin de asegurar la plenitud del ordenamiento jurídico, el proceso declarativo es desplazado por el menos observado y, por lo tanto, menos conocido proceso dispositivo. Según la aclaración de la nota 1 (*supra*) de este documento, se previene el litigio lo mismo cuando el legislador ordena lo que alguno, estando en el conflicto, debe hacer o dejar de hacer, que cuando delega en alguien más la emisión de esa orden, incluso si por ella, cuando el delegado es el juez, no solo no se especifica la orden legal preexistente, sino que, *ex novo*, se procura la existencia de la orden judicial.
- g. Conviene que se sepa que aunque su desarrollo es poco usual en la práctica, la posibilidad de que los litigios sean compuestos por la vía del proceso dispositivo está prevenida, de forma generalísima, en el art. 230 de la Const. pol. (Asamblea Nacional Constituyente, 2016), en el art. 7 del Cód. gen. proc. (República de Colombia, 2015b), que es una réplica exacta de aquel artículo y, con más especificidad, en el número 1 del art. 43 del Cód. gen. proc. (República de Colombia, 2015b), en el

13 Sobre el *no saber* y el *no tener* como causas de los litigios a cuya composición se tiende con los correspondientes procesos de cognición y de ejecución, *vid.* los números 118 y ss., *infra*.

tercer inciso del art. 1 de la Ley 1563 del 2012 (L.1563/12) (República de Colombia, 2012) y, más resueltamente, en los preceptos de la Ley 497 de 1999 (L.497/99) (República de Colombia, 1999).¹⁴

C. El medio administrativo

37. Se encuentra en el art. 113 de la Const. pol. (Asamblea Nacional Constituyente, 2016) la previsión de ser la ejecutiva una (otra) rama del "Poder Público". Después, en el art. 115 de la Const. pol. (Asamblea Nacional Constituyente, 2016), se dice que el Gobierno nacional está conformado por el presidente de la república, por los ministros de despacho y por los directores de los departamentos administrativos. Al fin, en el inciso quinto del mismo artículo (del 115) (Asamblea Nacional Constituyente, 2016), se identifican, también, como órganos de la "Rama Ejecutiva" las gobernaciones, las alcaldías, las superintendencias, los establecimientos públicos y las empresas industriales y comerciales del Estado.
38. Ahora bien: puesto que la "Rama Ejecutiva", desde cierto punto de vista, es un conjunto de órganos que desempeñan una función predominante, al efecto de describir lo mejor posible esa función, justo será sustituir al término *ejecutivo*, correspondiente a una concepción caduca de las labores estatales, el término *administrativo*, cuya etimología¹⁵ evoca el servicio y, en especial, el servicio de lo particular. Dicho esto, no se ve ningún impedimento para que, junto a la administración pública, que es a la que se refieren en lo inmediato los preceptos constitucionales precitados, se reconozca una administración privada, lo que da tanto como admitir que la función administrativa puede ser ejercida, incluso, por aquel a quien no siendo órgano, y precisamente porque no lo es, le es consentida la libre disposición de sus particulares intereses, de lo que resulta que hay administración más allá de las lindes de la "Rama Ejecutiva" o administrativa.

14 Un semejante carácter dispositivo cabe reconocerle a la *amigable composición*, cuyas reglas son las de los arts. 59 y ss. de la Ley 1563 del 2012 (República de Colombia, Ley 1563 del 2012).

15 De latín *ad* y *ministro*, que puede traducirse como *servir*.

39. Adscritos al poder administrativo deben considerarse, asimismo, las asambleas departamentales y los concejos municipales (*cf.* arts. 86 y ss. y 159 y ss. de la L.4/1913; República de Colombia, 1913). Esta afirmación puede provocar más de una contrariedad en los casos en que, en atención al modo al que se sujeta la producción de sus órdenes (ordenanzas y acuerdos, según la L.4/1913), análogo al del Congreso de la República para producir las suyas, se supone que con aquellos (las asambleas y los concejos) se desarrolla la que en este trabajo ha sido descrita como función legislativa. En realidad, así como desborda los términos de la Administración (de la Rama administrativa, quiero decir), a la función administrativa también le está permitido (y en especial a ella) transitar por sendas impropias que semejan las de la legislación (el proceso legislativo) y la judicatura (el proceso judicial).
40. De esta manera se ve claro que aun cuando entre el medio y la función, a propósito de la legislación y la judicatura, existe una identificación que se aproxima a la convergencia, el uno y la otra pueden divergir, y de hecho divergen en punto de la administración, como que esta función, porque no se debe enteramente a ninguno, tiende a encarnarse en medios ajenos o que son propios de las otras funciones.
41. Desconozco los motivos determinantes de la más frecuente trashumancia medial de la administración, en comparación con la legislación y la judicatura; sin embargo, me atrevo a conjeturar que esa tendencia es debida a la profusión de los conflictos a cuya regulación se provee con ella, lo que explica, al mismo tiempo, su ejercicio por un número de órganos superior al de los que ejercen la legislación o la judicatura, y a quienes, de acuerdo con una anterior política legislativa en lo administrativo que tome en cuenta las características de ciertos conflictos, les incumbe proveer en forma análoga a como se provee con el proceso legislativo o con el proceso judicial. Así, los órganos administrativos más distantes de los conflictos, como las asambleas o los concejos, se comportan dentro de las fronteras del departamento o del municipio a semejanza de como, dentro del territorio nacional, se comporta el Congreso; en tanto que otros órganos, más próximos a las hostilidades, se conducen en conformidad con un trámite aproximado al de los jueces de la República cuando sustancian procesos judiciales, con la única, pero fundamental diferencia, de que mientras en estos el juez es distinto de las partes, en aquellos solo intervienen dos partes distintas sobre las que no impera ningún juez.

42. Justamente por la falta de certidumbre acerca de lo que es público y de lo que es privado, la observación de si el ejercitante de la función administrativa está incluido en el conflicto de intereses al que aquel ejercicio se refiere o si, más bien, está excluido de él, lo que de manera figurada puede llamarse la distancia mediante —mayor o menor— entre el administrador y el conflicto, reporta la ventaja de la sustitución de las más precisas nociones de lo mediato o lo inmediato a las más etéreas de lo público y lo privado en punto de la administración.
43. En Colombia la administración es, pues, mediata, cuando presupuesta la existencia de un grupo total —la nación—, a la regulación del conflicto de intereses provee el órgano de un grupo parcial (un departamento, un municipio, un corregimiento, una propiedad horizontal, una sociedad comercial, una fundación, una corporación, un sindicato, etc.) que no pertenece al conflicto de intereses, pero al que pertenecen los sujetos titulares de los intereses en conflicto. Será inmediata cuando a la regulación del conflicto proveen ambos, o uno, de los sujetos titulares de los intereses enfrentados.
44. Cuando se sabe esto, no es muy difícil percibirse de que si la administración mediata de la nación, en cuanto grupo total, y mientras no se presuponga la existencia de un grupo mayor en el que ella esté comprendida¹⁶, está excluida por la función legislativa, no está, en cambio, excluida su ejercitación de la administración inmediata en cualesquiera eventos en que el interés que se le supone entra en conflicto con el interés de un individuo o con el de un grupo menor de estos. Así, por ejemplo, si a la nación le urge el dinero para construir carreteras o para proveer de armamento al ejército, es de prever que a uno o varios de los individuos que la integran les urja entregárselo en la menor cantidad posible.
45. A su vez, cuando la administración es inmediata, puede darse el caso de que a una de las partes del conflicto le sea dado el mandar a la otra, o de que a ambas les sea dado mandarse entre sí.¹⁷ Un ejemplo del primer

16 Es el caso de las agrupaciones de estados nacionales que tienden a constituirse en estados más comprensivos, de cariz supranacional.

17 Una gravísima cuestión le es presentada al pensamiento por los desarrollos de la administración inmediata, cuando los intereses de sus ejercitantes no solo no se oponen, sino que son coincidentes. Hay quien, como Carnelutti, caracteriza los actos en los que se

caso son las sanciones que la administración les impone a los ciudadanos, que suelen revertir en obligaciones para estos, mediante el procedimiento administrativo sancionador al que se refieren los arts. 47 y ss. del Código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo (Cód. proc. adm.) (República de Colombia, 2021b). Un ejemplo del segundo caso es el contrato de permuta del que tratan los arts. 1955 y ss. del Cód. civ. (República de Colombia, 2021a), gracias al cual, para cada uno de los contratantes, resultan obligaciones correlativas.

46. Por último, queda por saber cuál es la razón de que, en el plano de la administración inmediata, una parte pueda mandar a la otra parte o, lo que es igual, de que una parte pueda ser mandada por la otra. Una inteligencia de la cuestión, teñida de cierto optimismo, conduce a la suposición de que esa posibilidad se sostiene en la mayor sensibilidad de una de las partes del conflicto al interés común, cuando quiera que de aquel son sujetos, por un lado, uno o varios individuos y, por el otro lado, un grupo mayor de estos. Tal es

manifiestan esos desarrollos como *concurrentes*, que hacen, junto con los *acumulativos* y los *continuados*, la especie de un género más amplio al cual le es dado el nombre de actos colectivos. El paradigma de ese tipo de actos es el *acuerdo*, que no el *contrato* matrimonial. Precisamente la sustitución del sustantivo *acuerdo* al sustantivo *contrato* se refiere a la identidad de los intereses, propia del segundo e impropia del primero, en el que, más bien, están contrapuestos. A despecho del criterio carneltuttiano, que considera que la sociedad adviene de un *contrato* en lugar de un *acuerdo*, tengo para mí que en aquella, a semejanza de lo que ocurre con el matrimonio, aunque, quizás con fines menos nobles, los miembros —los socios— comparten un mismo interés que, por lo mismo, al menos en lo inmediato, deja suponer que de sus tratos está excluida la existencia del conflicto y, si no estuvieran un poco mejor definidas las ideas al respecto, se diría, también, que el ejercicio de la función administrativa. Aunque, a decir verdad, del modo de hacerse las sociedades sé menos de lo que ignoro, puedo sentar con alguna confianza que se ejerce la administración no solo en vista del conflicto existente, sino, y en no pocas ocasiones, en vista del conflicto posible. De aquí se sigue que la sociedad, desde el punto de vista normativo, tiene una función predominantemente instrumental; de ella, mejor que normas para el gobierno del diferendo presente, se obtienen normas preparatorias de las que gobernarán el diferendo futuro. A tal punto parece ser esto cierto que, en Colombia, desde hace algún tiempo, a un solo individuo, incluso, le es consentida la constitución de una sociedad, lo que demuestra, porque no puede haberlos de un solo sujeto, que el conflicto intersubjetivo no es un presupuesto societario, y que su conformación, además de por el *acuerdo*, puede ser arbitrado por el *decreto* (privado). En este mismo sentido, bien podría dudarse de que el de donación sea un *contrato* en vez de un *acuerdo*, como que, de nuevo, no se ve la existencia de un conflicto de intereses entre el donante y el donatario y sí, más bien, una comunidad de intereses.

el caso, ya lo decía, de las discusiones que suelen trabarse entre el ciudadano que no quiere pagar sus impuestos, o quiere hacerlo en la menor medida, y la nación, el departamento o el municipio que se los reclaman. Estos, o sus representantes, por su condición grupal, están en una mejor posición para hacerle el bien a un mayor número de individuos, en contraste con aquel, que, en lo inmediato, solo busca hacérselo a sí mismo.

47. Menos optimistas son las ideas cuando se cae en la cuenta de que, no por tener más individuos un grupo, mayor es el altruismo de sus fines. Ciertamente, no siempre se logra diferenciar —o acaso el concepto de esa diferencia no esté acabado— entre el interés del grupo y los intereses concurrentes, pero individuales, de quienes forman un grupo. Cuando lo segundo es lo que predomina, resulta por lo menos discutible que a los órganos de la colectividad así formada se les pueda reconocer una capacidad superior para obrar en aras del bien común, lo que, entre otras cosas, ha provocado, si se me permite el uso de esa expresión, una aproximación degenerativa de la autonomía inmediata bilateral a la unilateral, por la que se obtiene, con la forma del contrato, la producción de una suerte de acto administrativo. Son ejemplos de esta realidad los cada tanto más frecuentes contratos documentados, contentivos de cláusulas que, en lugar de ser compuestas por las dos partes, le son impuestas a la parte que, en comparación con la otra, tiene una mayor necesidad de la prestación ajena y una menor posibilidad de procurársela por sí misma o por alguien más. Se trata, pues, por decirlo de algún modo, de una administración unilateral impropia que no tanto se sustenta en la solidaridad cuanto en el egoísmo.

II. El producto del medio administrativo: el acto administrativo

48. Si, por lo visto (*vid.* núms. 39 y ss., *supra*), la unidad de la función administrativa contrasta con la diversidad de los medios que la desarrollan, ello no obsta para que de ese desarrollo, desde el principio hasta el final, sean sus componentes los actos administrativos.
49. Empero, hay que saber, para los efectos de la depuración ejercida con el concurso de los "medios de control" previstos en el Cód. proc. adm.

(República de Colombia, 2021b), a qué se le dice acto administrativo, máxime que, en un sentido muy amplio, también los actos de los particulares, por los que se ejercita la administración privada (*vid.* núm. 38, *supra*), merecerían llamarse, aunque no se llamen, actos administrativos.

50. En general, el administrativo es un acto jurídico, por lo que, con mayor propiedad, para destacar su pertenencia al género de aquellos actos, puede designársele acto jurídico administrativo. ¿Qué hay, pues, de específico en un acto jurídico cuando dicha especificidad es destacada con el atributo de administrativo?
51. Prescindiendo de la explicación detallada de conceptos que doy por sabidos en quien llegare a leer esto, diré que a un cambio de la realidad, causado, condicionado u ocasionado por la voluntad humana, en cuanto consista en el desenvolvimiento de un poder en sentido lato¹⁸, en el cumplimiento o el incumplimiento de una obligación, o en la atención o en la desatención de una carga, en suma, a aquel cambio calificado por una norma, es a lo que se le suele decir acto jurídico.
52. Por lo tanto, el acto jurídico tendría que merecer el nombre de administrativo cuando el cambio de la realidad es actuado por la "Rama Ejecutiva (administrativa)" (*vid.* núms. 38 y ss., *supra*) o, mejor, por sus órganos, para el desenvolvimiento de la función administrativa. En este punto debe evitarse la acostumbrada confusión entre empleado y órgano de la "Rama Ejecutiva": no todo órgano es un empleado de la "Rama Ejecutiva" (basta con pensar, por ejemplo, en ciertos miembros de los organismos de control a los que se refiere la Const. pol. en los arts. 267 y ss.; Asamblea Nacional Constituyente, 2016), ni todo empleado de la "Rama Ejecutiva" es de ella un órgano (piénsese, por ejemplo, en el empleado de un municipio a quien le es encargado el aseo del edificio de la alcaldía). Quiero decir con esto que la de órgano administrativo es una calidad normativa, una por virtud de la cual, a una o a varias personas, alguna norma les concede un poder en sentido estricto, esto es, les reconoce a ciertos comportamientos suyos aptitud bastante para producir posteriores normas, o para obrar las sanciones de las

18 Llamo *poder* en sentido lato a las posiciones ventajosas del Derecho, valga decir, además de al *poder* en sentido estricto, al derecho subjetivo y al privilegio, según la célebre terminología de Hohfeld.

anteriores, en nombre de la "Rama Ejecutiva" en cualquiera de sus órdenes (el nacional, el departamental, el distrital o el municipal).

53. Según esto, no se tiene por administrativo un acto jurídico cualquiera, sino aquel que, merced de un comportamiento de un órgano administrativo, determina un cambio de la realidad en cuanto constituye una norma, o en cuanto aplica la sanción de una norma constituida desde antes. A este género de actos, por su virtud normativa, les ha sido dado el nombre de imperativos (Carnelutti, 2006b), y son sus especies el proveimiento y el negocio jurídico; de manera que si el primero —el proveimiento— es el acto imperativo cuya realización está reservada a los órganos legislativo, judicial o administrativo (de donde resulta que, por lo general, hay proveimientos legislativo, judicial y administrativo), el segundo —el negocio jurídico— es el que, salvo un defecto de capacidad¹⁹, o de manifiesta falta de legitimación²⁰, no le está vedado realizar a ninguno.
54. Siendo así las cosas, y ya que la función administrativa, con independencia del medio, según se dijo antes (*vid. núms. 8 y 31, supra*), se concreta en el desarrollo del interés en el conflicto, será administrativo el proveimiento pronunciado por un órgano administrativo, de manera mediata o inmediata²¹ (*vid. núms. 42 y ss., supra*), en cuanto con la norma resultante

19 Que, en Colombia, por ministerio de la infausta Ley 1996 del 2019, es improbable que se tenga absolutamente, a menos que se sea menor de doce (12) años.

20 Como cuando, por una norma jurídica, está vedado el ejercicio de la autonomía privada. Piénsese, por ejemplo, en la venta de bienes embargados.

21 El concepto de la autonomía o de la administración mediata, tan de estirpe carneluttiana, puede presentarle a quien quiera aprovecharse de él una perplejidad no del todo resoluble: se dice mediata la administración cuando el órgano del grupo al que pertenecen los sujetos de los intereses en conflicto provee sobre el tal conflicto. Desde ese punto de vista, entre la producción del Derecho en sede de administración mediata, y esa producción en sede de heteronomía, de soberanía, no existe más diferencia que la que separa a una parte del todo, o a un grupo parcial del grupo total. Si la función administrativa significa el desarrollo del interés en conflicto, el servicio del propio interés, y no, en cambio, la prevención del litigio, como tampoco su composición cuando el conflicto ha revertido en este, nada sencillo es percatarse a simple vista de cuál es el interés desarrollado por un grupo que no pertenece al conflicto, sino al que pertenecen los sujetos del conflicto. Mucho después, sin embargo, arribé a la conclusión de que, según Carnelutti, toda producción normativa parcial, mediata o inmediata, es ejercicio de la función administrativa en la medida en que a aquella función ejercida le subyace una combinación de conflicto y de solidaridad de intereses. Así, en el caso de la administración mediata, el conflicto se presenta en la contrariedad de los intereses de los sujetos que pertenecen al grupo, mientras que la solidaridad se

se propicie un cambio de la realidad en forma tal que el interés o los intereses parciales puedan ser tutelados o administrados.

55. Cuando la formación del acto administrativo es progresiva, esto es, cuando el acto definitivo está precedido de actos preparatorios que, en algunos casos, son también proveimientos, existe el riesgo de que estos sean considerados tan administrativos como aquel. A salvar ese riesgo contribuye, justamente, el art. 43 del Cód. proc. adm. (República de Colombia, 2021b), según el cual "Son actos definitivos los que decidan directa o indirectamente el fondo del asunto o hagan imposible continuar la actuación". Esta disposición, a los fines de elaborar el concepto de depuración al que se refiere este trabajo, debe concordarse con la del art. 75 del Cód. proc. adm. (Colombia, 2021b): "No habrá recurso contra los actos de carácter general, ni contra los de trámite, preparatorios, o de ejecución excepto en los casos previstos en norma expresa".
56. En consecuencia, en los casos en que el acto administrativo sea el resultado de una secuencia de actos, de un procedimiento, debe evitarse la confusión de los proveimientos mediante los cuales se determina *si* la tal secuencia es procedente, y *cómo* lo es, es decir, la de los actos por los cuales se decide sobre el procedimiento mismo, con el acto por el que, al cabo del procedimiento, se dispone sobre un conflicto de intereses o, mejor todavía, sobre los intereses en conflicto, que es a lo que se le conoce como "*el fondo del asunto*".

manifiesta en la pertenencia de aquellos sujetos al grupo, o al órgano de este, que provee sobre el conflicto. Es por esto que dice el profesor de Roma que "[l]a clave del concepto de autonomía está en que el conflicto no excluye una solidaridad de intereses ente las partes; el juego de los dos conceptos de conflicto y de solidaridad es el que es preciso saber utilizar. Así, por ejemplo, cuando el interés colectivo se encuentra en conflicto con el interés individual de los miembros del grupo, hay, sin embargo, entre los sujetos de ambos intereses una solidaridad, porque el interés colectivo no podría ser satisfecho si fueran absolutamente sacrificados los intereses individuales, y viceversa" (Carnelutti, 2003, p. 92). De aquí se tiene que cuando el grupo parcial gobierna los intereses individuales de los sujetos del conflicto no hace otra cosa que, por decirlo así, gobernarse a sí propio, lo que, por la coordinación de los conceptos de conflicto y solidaridad entre los intereses de los individuos y los del grupo, se resuelve en una administración del propio interés, o, para decirlo de otro modo, disponiendo sobre los intereses de los individuos hostiles, el grupo al que aquellos pertenecen dispone sobre los suyos propios

57. Al margen de su origen procedimental, es indudable que en cuanto a la forma del acto administrativo pueden separarse dos aspectos: el que toca con su formación, y el que le atañe a su resultado. A la exposición breve de esos dos aspectos es que dedico los literales A y B (*infra*), como consideraciones dinámica y estática del acto administrativo.

A. Consideración dinámica del acto administrativo: el acto administrativo como acto jurídico

58. Puesto que, de acuerdo con la definición ofrecida en los núms. 51 y 52 (*supra*), en la base del acto jurídico administrativo está el cambio, su consideración dinámica no podrá ser otra cosa que la observación del cambio en que aquel acto consiste o, dicho de otra manera, la del modo en que el ciclo del cambio se manifiesta en el acto.
59. Querría advertir que no es del resorte de la consideración de la que voy a tratar ahora, ni de la que trataré después (la estática *vid.* núms. 74 y ss., *infra*), la exposición de lo que, no sin razón, puede llamarse el contenido del acto jurídico administrativo, esto es, lo relativo a su causa o a su fin, lo mismo que a la voluntad o a la intención por la que es producido. Esta exclusión no significa una menor importancia del contenido del acto jurídico administrativo en comparación con su forma, sino, la suposición de la mayor contingencia de la segunda, que contrasta con la necesidad del primero (representado por la causa y la voluntad, insisto), faltando el cual, en vez de acto, es preciso hablar de hecho o, si así se prefiere, de caso.
60. Decir contingencia de la forma no es lo mismo que decir indiferencia del Derecho ante su ocurrencia; más aún, no hay un solo acto jurídico que carezca de forma, por lo que, desde ese punto de vista, se trata, también, de un elemento necesario, faltando el cual el acto no existiría; lo contingente, más bien, se refiere al gobierno que de ella hace el Derecho y, acaso, a lo gobernado mismo.
61. Ahora bien, conviene que aclare que, en cuanto a su aspecto formal, en el acto jurídico se aprecia algo que tiende al cambio, lo mismo que algo que tiende a la permanencia. A lo primero, a la forma del acto en cuanto *deviene*, es a lo que puede decirse forma modal o modo; a lo segundo, a la forma del acto en cuanto *devenido*, en cuanto *es*, es a lo que se le dice forma sustancial o, con más llaneza, sustancia.

62. La forma sustancial (o la sustancia) (*vid.* núms. 74 y ss., *infra*) de los actos jurídicos está invariablemente regulada por el Derecho. No sucede lo mismo con la forma modal o el modo, cuya disciplina normativa es ocasional. Para que se entienda mejor lo que digo, piense el lector en los contratos que el Código civil (Cód. civ.) (*cf.* art. 1500 (República de Colombia, 2021a) denomina consensuales, esto es, "cuando se perfecciona[n] por el solo consentimiento", lo que no debe interpretarse en el sentido de que el acto jurídico no producirá efectos entre las partes si, por ejemplo, su celebración se sujeta a "ciertas formalidades especiales", como cuando es solemne, sino que, para que los produzca, es suficiente cualquier modo, cualquier forma modal, con tal de que sirva a la manifestación del consentimiento.
63. Distinta es la realidad en los dominios del acto jurídico administrativo, que a diferencia de algunos de los actos jurídicos de la administración privada (*vid.* núm. 38, *supra*), caracterizados, como quedó dicho, por tener una forma modal libre, la tienen vinculada. Que el modo sea vinculado importa, en el evento de discordar con el esquema que en la norma jurídica le sirve de modelo, que el acto realizado resulte ineficaz.
64. A la necesidad de que el acto jurídico administrativo, así como los actos que le preceden (cuando quiera que aquel solo pueda conseguirse mediante una combinación de actos), tengan un modo determinado, se refiere el inciso segundo del art. 137 del Cód. proc. adm. (República de Colombia, 2021b), el cual, con las expresiones *forma irregular* y *desconocimiento del derecho de audiencia y defensa* designa los defectos modales que ameritan su anulamiento. Querría hacer notar que, en rigor, si es que no me falta el buen sentido, las dos expresiones antedichas, mejor que designar dos vicios distintos, designan el mismo vicio, ya considerado en general, como el resultado de cualquier desavenencia entre el acto y su descripción normativa, ya en particular, como el resultado de una desavenencia entre el acto y aquellos caracteres del modelo que tocan, en cuanto a su formación, con la posibilidad que tiene la parte respectada con aquel —con el acto— de ser oída y de defenderse.
65. Son exigencias típicamente modales las que se deducen, por ejemplo, del art. 35 del Cód. proc. adm. (República de Colombia, 2021b), de acuerdo con el cual "[l]os procedimientos administrativos se adelantarán por escrito, verbalmente, o por medios electrónicos", y del art. 42 del mismo Código

(República de Colombia, 2021b), por el que se dispone la motivación de los actos jurídicos administrativos con los que concluye el procedimiento. De aquí que si, no obstante haberse mandado la actuación escrita del procedimiento, o la motivación²² del acto jurídico administrativo, aquella se hizo verbalmente o este sin motivación, la resulta no podrá ser otra que el defecto de la forma modal que, con el nombre de irregularidad, determina la ineficacia del acto del que se trate.

66. En cambio, en cuanto a la motivación, es libre la forma modal de los actos jurídicos administrativos por los cuales se remueve a un empleado de "libre nombramiento y remoción", según las palabras del inciso segundo del párrafo 2 del art. 41 de la Ley 909 del 2004 (L.909/2004) (República de Colombia, 2004), tal que "[l]a competencia para efectuar la remoción en empleos de libre nombramiento y remoción es discrecional y se efectuará mediante acto no motivado".
67. Dicho esto, bien se haría en cuestionarse un poco por el sentido de las disposiciones modales a propósito de la forma de los actos jurídicos en general y de los administrativos en especial. No siendo esta la ocasión para disertar con prolijidad sobre un asunto tan principal, me limitaré a indicar que su basamento debe buscarse en las leyes de la naturaleza o, como se suele decir, en las reglas de la experiencia, en el entendido de que, por la observación del nexo que liga a ciertas causas con sus efectos, se pueden identificar los medios más adecuados para lograr un resultado determinado.
68. Es por eso que la forma modal por excelencia es la documental; lo es a tal punto que, por una suerte de desconcertante antonomasia, de uso frecuente, sobre todo entre los abogados, no se opone a la oral la forma documental, sino a la forma, entendida como el documento, la falta de forma, la informalidad, o sea cualquier modo distinto del documental. Esta manera de razonar, no del todo injustificada, está insinuada en el apotegma según el cual *verba volant scripta manent*, mismo que, en punto de perpetuar lo que se ha dicho o lo que se ha hecho, manifiesta a las mil maravillas la superioridad del modo documental, con el que se cautiva lo escurridizo, a otro tipo de formas modales, huidizas en sí mismas.

22 La falta de motivación no es falta de *causa*, ni mucho menos de *voluntad*, sino de su manifestación oral o escrita. Es pues, un defecto de la forma modal.

69. La noción de la superioridad de la que he hablado está presente en la legislación civil, en el ya mencionado art. 1500 del Cód. civ. (República de Colombia, 2021a), en tanto en cuanto reza que “[e]l contrato es [...] solemne cuando está sujeto a la observancia de ciertas formalidades especiales, de manera que sin ellas no produce ningún efecto civil”, con lo que se da a entender, usando de la palabra solemnidad, la preocupación del Derecho en cuanto a que algunos de los actos que le conciernen sean realizados con una forma especialmente esmerada, a cuya observancia, con la cual se espera que venza la mayor resistencia que su realización le opone, se estimula al agente del acto con la amenaza de la ineficacia, cuando no, en algunos casos, con la de sanciones penales, siempre que el acto sea contractual y que una de las partes, que debe realizarlo en el ejercicio de sus funciones, sea un servidor público (*cf.* art. 410 del Código penal (Cód. pen.) (República de Colombia, 2021c).
70. Mientras esté dispuesto a aguzar la mirada, la experiencia del Derecho colombiano le mostrará al observador que la solemnidad suele consistir en conferirle al acto la forma del documento escrito y, aun más, en no pocos casos, en conferírsele con o delante de otra u otras personas. Piénsese, en torno a esta verdad, en el inventario solemne de bienes (*cf.* art. 169 del Cód. civ.; República de Colombia, 2021a), que exige, además del padre que contraerá nupcias por la segunda vez, la concurrencia del curador especial, bajo el escrutinio del notario, ante quien el inventario debe extenderse como escritura pública; así mismo, piénsese en el testamento solemne (*cf.* art. 1064 del Cód. civ.; República de Colombia, 2021a), que según el art. 1067 del Cód. civ. (República de Colombia, 2021a) debe constar por escrito y otorgarse (cuando es abierto) ante un notario (*cf.* art. 1070 del Cód. civ.; República de Colombia, 2021a) en presencia de testigos hábiles (*cf.* art. 1068 del Cód. civ.; República de Colombia, 2021a).
71. En lo que atañe al acto jurídico administrativo, de manera general es preciso postular su solemnidad, como que, además de por el ya mencionado art. 35 del Cód. proc. adm. (República de Colombia, 2021b) (*vid.* núm. 35, *supra*), aquel atributo se deduce con facilidad del art. 36 del Cód. proc. adm. (República de Colombia, 2021b), según el cual “[l]os documentos y diligencias relacionados con una misma actuación se organizarán en un solo expediente”. Casi no tengo que repetir, porque lo mencioné en el núm. 65 (*supra*), que la sujeción a la forma solemne está estimulada con la amenaza

de la ineficacia (de la nulidad), bajo el rótulo de la irregularidad, cuando no del de la violación a los derechos de audiencia o de defensa, para el evento de su inobservancia. Sea como fuere, no se debe pasar por alto la prevención del art. 88 del Cód. proc. adm. (República de Colombia, 2021), por el cual “[l]os actos administrativos se presumen legales mientras no hayan sido anulados por la jurisdicción de lo contencioso administrativo”, lo cual, que se verá con más claridad cuando discurra sobre el silencio administrativo (*vid.* núm. 84 y ss., *infra* y, en especial, núm. 91, *infra*), quiere decir que, para que sea eficaz, basta con que el acto administrativo solemne tenga la apariencia de tal, por lo que la inobservancia de la forma modal no tanto impide que el acto llegue a ser eficaz, cuanto que, por una declaración judicial, deje de serlo como si nunca lo hubiera sido (*vid.* Ord. IV, lit. E, *infra*).

72. No está de más una última apuntación sobre este asunto: quien piense y, sobre todo, quien quiera hacerlo con rectitud, debe cuidarse, en especial si es documental —como lo es de ordinario— de confundir la solemnidad con el acto solemnizado, esto es, la parte con el todo. Es cierto que la solemnidad no es el acto, pero sin esta el acto no podría llamarse solemne, de lo que resulta —salva una mejor observación—, que el documento (la solemnidad documental) viene a servir de situación final del acto solemne, que, a diferencia del que no lo es, o, incluso, del que siéndolo no la tiene documental, se convierte en un mudamiento de la realidad material que, mejor que en la simple alteración de lo existente, se manifiesta en su acrecimiento, introduciéndole una cosa nueva, esto es, el documento solemne.
73. Dicho, pues, con otras palabras, en su expresión más recurrente, la solemnidad no es tanto un cambio de las cosas, cuanto la cosa en la que se representa un cambio, bajo el apremio de la ineficacia²³. En el literal siguiente (B, *infra*), entre otros asuntos, se podrá ver mejor la relación entre el resultado del cambio al que conduce el acto, cuando su modo es solemne, y el resultado normativo del acto jurídico administrativo (*vid.* núm. 81, *infra*).

23 Conviene meditar, llegados al expediente de la solemnidad, y consiéndolo esta no pocas veces en una cosa, en las relaciones que los hombres, y por extensión el Derecho, establecen entre la quietud, lo estable, y lo solemne, o sea, por una luminosa etimología, lo que sólo ocurre una vez en el año (de *solus* y *annus*).

B. Consideración estática del acto administrativo: el acto administrativo como norma jurídica

74. Vuelva el lector, si quiere, a los números 51 a 54 (*supra*), en los que se discurre sobre las definiciones del acto jurídico y del acto jurídico administrativo. Después, no tardará en recapacitar sobre la singularidad de este último —del acto administrativo—, no solo por la función que desarrolla (*vid.* núms. 8, 37 y ss., *supra*) y la forma que lo desarrolla (*vid.* núms. 58 y ss., *supra*), sino por su imperatividad, a cuyos efectos se refieren las explicaciones sucesivas, que, por lo que diré enseguida, han sido rotuladas como *consideración estática del acto administrativo*.
75. Ya que el objetivo de la administración es el servicio del propio interés, del interés de su titular, el cual, por el conflicto, presente o futuro, con el interés ajeno, no puede conseguirse sin un cierto sacrificio de este, cabe preguntarse, en torno a ese objetivo, en qué consiste el resultado obrado por el acto jurídico administrativo.
76. La respuesta hay que buscarla en su imperatividad, quiero decir, en la del acto administrativo. Tengo que repetir, entonces, que, en el acto jurídico, con aquel atributo —el de la imperatividad— se distingue la virtud normativa del acto en cuestión, esto es, en definitiva, su aptitud para posibilitar el cambio de la realidad física a través del cambio previsible de la realidad psíquica del sujeto concernido por la norma que el acto sirve a expresar.
77. Quizás una observación sencilla sirva a aclarar la idea anterior: para que un acto sea imperativo, es decir, para que por él, a la sazón, se presente una norma jurídica, y puesto que, si es jurídica, la norma siempre ha de serlo para alguien distinto de su autor, es forzoso que su desarrollo concluya por afectar el pensamiento de aquel o de aquellos a quienes se dirige; así, si la modificación de la realidad física nombrada con la fórmula "pago del impuesto de industria y comercio" es el cometido de un acto administrativo, justo será que, primero, aquel o aquellos a quienes les corresponde modificarla, puedan determinar los movimientos necesarios para lograrlo con arreglo al estímulo que a sus voluntades les imprime la expresión de aquel cometido.
78. Luego, como el contenido del acto jurídico administrativo es un pensamiento (un pensamiento imperativo), aquel, para adentrarse en la de su receptor, debe salir desde la psique de su emisor a través de un

vehículo —el lenguaje— que le permita salvar la distancia mediante entre la una y la otra²⁴ Al acto que se orienta a modificar el pensamiento ajeno se le dice declaración (Carnelutti, 2006b); sin embargo, si la declaración semeja la apertura de las compuertas del cuerpo (los sentidos) para que el pensamiento egrese, muy modesto será el provecho que consiga mientras su destinatario, para facilitarle el ingreso, no le abra las del suyo, a lo que se le dice inspección (Carnelutti, 2006b).

79. En su aspecto sustancial, pues, la forma del acto jurídico administrativo se resuelve, habitualmente, en la combinación de una declaración, la del agente del acto, y en una inspección, la del paciente. La sustancia (o la forma sustancial) del acto será, a modo de desenlace o de situación final, el tanto de contenido que, por virtud de la cooperación entre el agente que declara y el paciente que inspecciona la declaración, se realice en el pensamiento de este último.²⁵
80. A esta altura de la exposición se impone que llame la atención del lector sobre la relación que de pasada mencioné más arriba (*vid. núm. 73, supra*), esto es, la que vincula el mudamiento físico supuesto por el modo documental del acto jurídico administrativo y el resultado que, por su imperatividad, aquel propio es apto para producir; lo que da tanto como sacar a la luz los nexos prácticos, a veces ocultos, entre la forma modal y la forma sustancial del acto del que vengo tratando.
81. Sabido, entonces, que el acto jurídico administrativo es un proveimiento, con frecuencia²⁶ declarativo, es decir, uno que está determinado a producir, con el concurso de la inspección ajena, la modificación de la realidad física, anticipada por la de la psique de uno o de varios hombres, será muy sencillo caer en la cuenta de que al logro de ese cambio psíquico es más útil el

24 El milagro de las telecomunicaciones, a propósito del Derecho, es el de garantizar la eficacia de la declaración más allá de los límites en que el contacto de los cuerpos a los que pertenecen las voluntades comunicadas es posible.

25 Aun cuando la eficacia de la norma no es dependiente de su efectiva inspección, sí que lo es de su posibilidad (de la de ser inspeccionada).

26 Digo *con frecuencia* en lugar de *siempre*, porque, aunque como una dudosa excepción a la regla, es preciso considerar la constituida por el silencio administrativo en sus manifestaciones negativa y positiva, de donde resulta, según se verá enseguida (*vid. núm. 84 y ss., infra*), que el acto administrativo ficto o presunto, como se le acostumbra a llamar en los ambientes forenses, no es tanto un proveimiento operativo cuanto una operación omisiva que, en vez de causa eficiente, es la condición de una declaración legal.

acto documentado o solemne, que aquel que se realiza en formas de suyo efímeras (por ejemplo orales). A dar con la razón de esta afirmación, ayuda mucho reflexionar sobre las dificultades que al entendimiento le presentan los contenidos de algunas declaraciones que, ya por la especialización del asunto del que tratan (pongo por caso los relativos al Derecho de los tributos o de las aduanas, así como al Derecho del ambiente), ya por la dispersión de un mismo asunto en un discurso de excesiva extensión, si no se documentaran, a los fines de su comprensión, no permitirían más que una inspección tan ínfima, tan instantánea, como la forma misma de lo inspeccionado. El mérito de la solemnidad documental, como lo puede notar cualquiera, es, haciéndolo o volviéndolo una cosa, dilatar la dimensión temporal del acto declarativo, lo que no solo favorece la tan indispensable continuidad de la inspección, sino que esta pueda practicarla alguien distinto de aquel a quien el acto le atañe en lo inmediato (un abogado con conocimientos específicos en el asunto del acto, por ejemplo).

82. Tengo que añadir que, por disposición de los arts. 65 y 66, los actos administrativos de carácter general, que, por lo regular, son los que se producen en sede de administración mediata, y los de carácter particular, que se suelen producir en régimen de administración inmediata (*vid.* núms. 42 y ss., *supra*), deben ser publicados en el primer caso y deben ser notificados en el segundo. Se publican, entonces, los actos de una parte que, por gozar de cierta preponderancia, les habla a las demás — para decirlo de alguna manera— desde un pedestal (*Vr. gr.*, los actos de las asambleas departamentales —las ordenanzas— *cf.* art. 106, L.4/1913; República de Colombia, 1913), lo mismo que los de los concejos municipales —los acuerdos— (*cf.* art. 178, L.4/1913; República de Colombia, 1913); se notifican, en cambio, los actos de una parte que, situada a la misma altura, le habla a la otra.
83. Con todo, a despecho de sus acusadas diferencias, la publicación y la notificación pueden reunirse en el concepto de la emisión (Carnelutti, 2006b), como que, en atención a la etimología de aquella voz (*e-mitto*), suponen un envío, un echar hacia fuera, en el sentido de exponer la declaración documentada para que su destinatario la conozca o pueda, al menos, conocerla. Así las cosas, con las expresiones “[l]os actos administrativos de carácter general no serán obligatorios mientras no hayan sido publicados en el Diario Oficial” (República de Colombia, 2021b) o “[l]os actos administrativos

de carácter particular deberán ser notificados en los términos establecidos en las disposiciones siguientes" (República de Colombia, 2021b), de los arts. 65 y 66 del Cód. proc. adm. (República de Colombia, 2021b) se deduce que la publicación y la notificación son elementos necesarios del modo o, dicho de otra manera, constituyen una forma modal vinculada de los actos jurídicos administrativos, a cuya deficiencia la reacción del Derecho tendrá que ser la indicada en el número 64 (*supra*).

84. Hace un momento senté que el acto administrativo es, con frecuencia, un proveimiento declarativo. Empero, alguna que otra vez, puede ocurrir, cuando la regularidad es defraudada, esto es, cuando la declaración falta, que su lugar deba ser ocupado, en razón de una operación omisiva, con una declaración legal, con vistas a salvaguardar los intereses que le subyacen a la llamada administración pública, manifestados, entra otras disposiciones, en las de los arts. 1 y 3, núm. 11, del Cód. proc. adm. (República de Colombia, 2021b). Para decirlo de otra manera, cuando la administración —que no debe dejar de hacerlo— no decide, alguien más debe decidir. A llenar aquel vacío se orientan los preceptos de, entre otros, los arts. 83 y 84 del Cód. proc. adm. (República de Colombia, 2021b), lo que significa que, excepcionalmente, a través del ejercicio de la función legislativa, se remedian las disfunciones de la administrativa.
85. Para entender cómo es obrado el remedio no hay más que fijarse en la diferencia que separa la declaración de la operación (Carnelutti, 2006b), sobre la que aún no me he referido en detalle. Mientras la declaración, de acuerdo con lo dilucidado antes (*vid. núm. 78, supra*), es un acto que se trueca en un cambio de la realidad psicológica de quien lo padece, la operación se efectúa —con independencia del desenlace psicológico— ya en un cambio de la realidad física, ya, incluso, en la falta de ese cambio, en gracia de un comportamiento por comisión o por omisión. Quizás hará falta que insista en que si la declaración puede suponer, y de hecho supone, como vía para la demudación del espíritu —de la voluntad— la de la materia (para hablar hay que mover la boca o, en mayor medida, el cuerpo), en tratándose de la operación, lo mismo la hay si la realidad física es alterada, que si, existiendo la obligación de hacerlo, ella no se altera; de donde se sigue que, con la palabra silencio, el Derecho reacciona, por su renuencia a trocar la materia, a la imposibilidad de la administración de cambiar el pensamiento del administrado.

86. Como cualquiera puede notar, en la reacción en comento no hay nada de ficticio. Toda vez que el Derecho cuenta con la ventaja de gobernar su propia formación, con la fórmula del silencio administrativo le es reconocida al acto jurídico, en lugar de expresa, una forma modal tácita y, más aún, inerte, de manera que si la operación por omisión, por razones que están a la vista de todos, no puede hacer de causa eficiente de su propia declaración, sí que puede ser la condición de una declaración ajena, lo que, salvando la distancia que media entre los actos ilícitos y los imperativos, recuerda el modo, también tácito, de los ilícitos civiles o penales por omisión, como los que están referidos, por ejemplo, en el núm. 3 del art. 2356 del Cód. civ. (República de Colombia, 2021a), o en el art. 417 del Cód. pen. (República de Colombia, 2021c).
87. Como sea, que la declaración legal condicionada por la operación omisiva de la administración sea positiva o negativa no significa de momento otra cosa que, *grosso modo*, la formación de un precepto del cual se deduce, en el segundo evento, el sacrificio del interés del administrado o, lo menos, el defecto del sacrificio del interés de la administración, y en el primero, el defecto del sacrificio del interés del administrado o, lo más, el sacrificio del interés de la administración.
88. Una atención particular merece el art. 85 del Cód. proc. adm. (República de Colombia, 2021b), por el que está prescrito que "[l]a persona que se hallare en las condiciones previstas en las disposiciones que establecen el beneficio del silencio administrativo positivo, protocolizará la constancia o copia de que trata el artículo 15, junto con una declaración jurada de no haberle sido notificada la decisión dentro del término previsto", y pone luego, en el segundo inciso, que "[l]a escritura y sus copias auténticas producirán todos los efectos legales de la decisión favorable que se pidió, y es deber de todas las personas y autoridades reconocerla así".
89. A propósito de lo anterior, obsérvese lo siguiente: la protocolización en mención, especialmente en lo que toca con la declaración jurada, no es nada distinto de una documentación gráfica, esto es, comprimida en signos lingüísticos, de la operación omisiva de la administración. Ahora bien: si la inercia administrativa significa un *mínimum* de formalidad, no en el sentido de que no hay forma, sino de que su manifestación es tímida y huidiza, a tal punto que no solo no es causa de su propia declaración, sino que es la condición del acaecimiento de una ajena, la utilidad del

documento será la de favorecer, mediante la comprobación de lo que fue —la operación omisiva—, la realización de lo que será —la declaración positiva—, tanto más cuanto que, si la declaración, porque es legal, es, o puede ser conocida de todos, la condición, que no lo es, mientras no sea documentada, solo puede serlo del administrado, lo que explica que la eficacia de la primera —de la declaración— venga subordinada al modo documental de la segunda —la condición—.

90. A guisa de remate, diré, entonces, que la disposición del art. 85 del Cód. proc. adm. (República de Colombia, 2021b), con la advertencia de la indefensión —de la ineficacia—, le crea a la persona a la que le atañe el silencio administrativo, la necesidad de reproducir, en una forma solemne, documental, la operación omisiva de la administración, gracias a la cual, por ministerio de la declaración legal, es engendrado un precepto tutelar del interés del administrado. Sea esta la ocasión para apuntar que, a diferencia de los actos administrativos expresos, los que se llaman fictos o presuntos (*vid.* núm. 86, *supra*), cuando negativos, no hacen derivar su eficacia de solemnidad ninguna, como no sea la de la ley misma en que se presenta la declaración supletiva, y, cuando positivos, de la solemnidad a la que se sujeta la eficacia de la declaración debe hacerse cargo “[l]a persona que se hallare en las condiciones previstas en las disposiciones legales que establecen el beneficio del silencio administrativo positivo”, es decir, presumiblemente, el titular del interés tutelado con el precepto.
91. Así, como quiera que a los actos administrativos sobre los que he venido reflexionando, o bien se les consiente una forma modal mínima, o bien, cuando les es requerida la forma máxima —la solemnidad— su observancia es la condición de la eficacia de la declaración (de manera que, mientras la forma solemne no exista, el acto no es eficaz, lo que, dicho sea de paso, también separa a este tipo de actos de los que he llamado expresos, en cuanto que de estos se presume su legalidad, lo que equivale a que sean tenidos por eficaces a menos que se declare que les falta la forma solemne, esto es, que de esta solo tienen la apariencia), resulta que a los fines de su depuración (*vid.* Ord. III, *infra*), de nada sirve aducir las razones que miran a la insuficiencia de la forma modal, como que solo pueden ser consideradas las de la forma sustancial, esto es, las de la declaración. Sobre la deficiencia de esta última, caracterizada legalmente (*cf.* art. 137 del Cód. proc. adm., 2021b) como “infracción [del acto administrativo] de las normas en que debe fundarse”, es que me ocuparé en los números que siguen.

92. Sentado como está, como no sea por el silencio administrativo, y, en especial por el negativo, que el acto jurídico administrativo tiene el aspecto de un documento, y que con su emisión, sometiendo el pensamiento de una o varias personas, se insta el cambio de la materia, lo que le da su imperatividad, se hará bien en notar que el contenido de aquel documento, así como el medio de aquel sometimiento, es el pensamiento discursivo, el discurso, es decir, el movimiento psíquico de un órgano de la administración que, antes de mover la psique ajena, y precisamente para hacerlo, debe encarnarse en las palabras.
93. Por lo demás —y de las remotas causas que determinan su sentido no me corresponde ocuparme aquí—, las palabras escogidas para formar el discurso imperativo son reducibles a las de *obligación, prohibición, permiso y facultad*, cuando no son estas las directamente empleadas para inducir la transformación de la que he tratado. Un señalado maestro danés, en ocasión felicísima²⁷, tuvo el acierto de mostrar que aquellas, o parecidas voces, no sirven para decir cómo es, sino, a lo sumo, para predecir cómo ha de ser la realidad. Llevado, sin embargo, por un excesivo afán positivista, se equivoca, a mi juicio, al reducir la realidad a la existencia, o, si así se prefiere, al no reconocer otra realidad que la que existe, lo cual se deduce de su afirmación de faltarle a esos términos lo que él mismo llama *referencia semántica*, por lo que su única utilidad es la de resumir (o sistematizar, según su dicho) los vínculos facticios que el Derecho crea entre las hipótesis y las consecuencias de las normas jurídicas. Yo mismo, alguna vez, he cedido a la tentación de una reducción semejante. Querría, sin embargo, rectificar mi anterior desviación mostrando que si la posibilidad es algo menos que la existencia, es, con mucho, algo más que la inexistencia, por lo que a ella, que es real, le pertenece aquel aspecto de la realidad en que la existencia no tanto es cuanto *está siendo*.
94. Así, si es cierto, por ejemplo, que la palabra obligación califica una suerte de conexión, decretada por una norma jurídica, entre la causación de un perjuicio y la expropiación de los bienes de quien lo causa para reparar al perjudicado, también lo es que por ella se da cuenta, merced de un comportamiento pasado, de una cierta insuficiencia de la realidad, que no

27 Me refiero al profesor Alf Ross; la ocasión es un su pequeño libro, intitulado *Tû-Tû*, traducido al castellano por el buen profesor argentino Genaró R. Carrió.

puede menos que ser remediada en gracia de un comportamiento futuro. El secreto de la causalidad no se le esconde por completo al Derecho; por eso, si la obligación no es el daño, como tampoco su compostura, en esa palabra no solo cabe ver el nombre de la inerte medianía entre lo uno y lo otro, sino, también, el venero de la fuerza necesaria para trocar el mal en su remedio.

95. Que las palabras tienen fuerza, o son ellas mismas una fuerza, es algo que no puede ignorarse desde que, discurriendo sobre la declaración —que bien puede conformarse de palabras—, se dio en la cuenta de su aptitud para mover la psique de su destinatario (*vid.* núms. 76 y ss., *supra*) y, por aquel, para mover el mundo. El Derecho, entonces, se parece a un entramado de declaraciones y de operaciones (*vid.* núm. 85, *supra*) entre las que, según se pase de las unas a las otras, la coactividad, es decir, la posibilidad de la violencia, es sustituida por su existencia efectiva, o sea, por la coacción. Si aquel de quien se dice que es obligado al pago omite hacerlo, esto es, no obra el cambio de la realidad que le ha sido declarado (mandado), es de esperar que alguien más —un funcionario policial, por ejemplo— movido por la declaración de un juez, sustituya, llevando las manos sobre los bienes de aquel, la operación del deudor.
96. Pues bien: a todo aquel que teniendo ojos para ver ha visto el funcionamiento del Derecho colombiano, o el de derechos similares, no se le habrá pasado que su conformación, esto es, la del conjunto de normas jurídicas en que se resuelve, semeja la de algunas rocas cuya base pende de la parte alta de las cavernas, y cuyo largor se dilata a expensas de su perímetro, que tiende al angostamiento, gracias al pertinaz goteo de las aguas filtradas²⁸. Así, entre la jerarquía y la generalidad de las normas jurídicas se presenta una correspondencia de la cual se deduce que tanto mayor es la primera cuanto más acusada sea la aptitud de la propia norma para darle cabida en su hipótesis a un número mayor de conflictos, comenzando por los del grupo total (la nación), descendiendo a los de los grupos parciales (un departamento, un municipio, un corregimiento, una propiedad horizontal, una sociedad comercial, una fundación, una corporación, un sindicato, según lo enuncié en el núm 43, *supra*) y, al fin, concluyendo con los de

28 La exposición menos rudimentaria de este asunto, el de la *conformación confirmativa*, o, llanamente, el de la *confirmación*, se la encontrará el lector en los números 122 y ss. (*infra*).

los individuos que hacen parte de estos y, por necesidad, de aquel grupo. Con estas figuraciones queda, pues, perfilada la formación progresiva del ordenamiento jurídico, que, bajo el signo de la plenitud, y, más aún, de la plena coherencia, exige la unidad de la sustancia o de la forma sustancial (*vid. núm. 61, supra*) en la diversidad de las declaraciones.

97. Es por esto que si entre la ley que establece un impuesto que respecta a los comerciantes, y el acto administrativo por el cual un comerciante es obligado a pagar aquel impuesto, hay la misma diferencia que entre lo general y lo particular, no puede perderse de vista que lo segundo, lo particular, significa un acrecimiento de lo primero, lo general, sin que de ninguna manera, por el solo acrecimiento, esté consentida la adulteración de la sustancia de la declaración más general, como cuando, mediante el acto administrativo, el comerciante de nuestro ejemplo es obligado a pagar el impuesto con una tarifa superior a la establecida por la ley, lo que se traduciría, en razón de una norma inferior, en el deber de pagar —al menos en lo que toca a la parte del impuesto excedentaria de la tarifa legal— lo que por la norma superior se es libre de no pagar.
98. Subordinando, entonces, la eficacia de la declaración inferior a la conformidad de su forma sustancial con la de la superior, el Derecho no solo se asegura de guardar la indemnidad lógica de sus declaraciones en atención al principio de contradicción, sino, sobre todo, la utilidad de las operaciones determinadas por aquellas, que no podrían servir a una conveniente configuración de la realidad si no fueran suficientemente entendidas por obligar a alguno a hacer lo que al mismo tiempo se le prohíbe o se le faculta, o por prohibirle hacer a alguno lo que a una vez se le obliga o se le permite. Basten, de momento, estas insinuaciones. Sobre este expediente volveré en el ordinal III (*infra*), en el que discurriré, en general, sobre la depuración del ordenamiento jurídico.

III. La depuración del ordenamiento jurídico colombiano

99. La realidad designada con el encabezamiento de esta tercera parte ocupa una extensión tan considerable, que de ella no solo no me es posible dar cuenta aquí, sino que, incluso si me fuera posible, su exposición me forzaría a tomar unos rumbos que no son los que le convienen al propósito

al que tiendo con este trabajo. Es por eso que, en lo inmediato, dedicaré el discurso a describir, en primer lugar, aquello a lo que, por de pronto, se le dice ordenamiento jurídico y, en segundo lugar, a figurar los dispositivos que favorecen su conformación y su transformación, quiero decir, las del ordenamiento jurídico.

100. Con la fórmula ordenamiento jurídico se apela a un orden de la realidad propiciado por el Derecho, esto es, por normas jurídicas, así como a las normas mismas —a las órdenes— de las que dimana aquel orden. En suma, el ordenamiento jurídico es lo ordenado según el Derecho, al mismo tiempo que el Derecho en cuanto sirve para ordenar: es lo ordenado y lo ordenador.
101. Por lo dicho, es preciso darse cuenta de que el ordenamiento es, por sobre todas las cosas, un artilugio, un artificio al que hay que hacer existir, y cuya existencia no puede menos que ser hecha. Con lo primero —hacer que exista— se alude a la necesidad de conformarlo; con lo segundo —que su existencia sea hecha—, a la de transformarlo. No se crea, porque se creería mal, que la conformación y la transformación, conceptos que sirven para caracterizar las vicisitudes del ordenamiento jurídico, son, en realidad, como compartimientos estancos, incomunicados e incomunicables entre sí. A decir verdad, se conforma para transformar y se transforma para conformar, por lo que, a semejanza de los organismos, aquel ordenamiento, después de nacer, o acaso por hacerlo, está abocado al cambio, a llegar a ser y nunca ser por completo.
102. Sea como fuere, es gracias a los conceptos de conformación y de transformación que puede saberse cuáles son las normas que le pertenecen a un cierto ordenamiento jurídico, y cuál es el ordenamiento al que le pertenecen ciertas normas jurídicas. En vista de que lo primero es el hallazgo de la unidad en la diversidad, en tanto que lo segundo el de la diversidad en la unidad, la consideración normativa del ordenamiento jurídico importa postularlo, a diferencia de su habitual postulación como una multitud, como una combinación de normas jurídicas. El resultado de la combinación es la complejidad, y la complejidad es la síntesis milagrosa de la unidad y de la diversidad, o sea, al fin de cuentas, de lo universo, de lo que, aunque parece trino, no deja de ser uno.
103. Así, la unidad (en la diversidad) del ordenamiento jurídico se identifica con su conformación, por la que, con los aspectos de la suficiencia sustantiva y

modal se atiende a las necesidades de, por un lado, que para cada conflicto de intereses haya no menos de una norma jurídica aplicable, así como de que no haya más de una norma jurídica aplicable a un mismo conflicto de intereses (suficiencia sustantiva), y de, por otro lado, que lo aplicable a un conflicto de intereses no sea algo distinto de una norma jurídica (suficiencia modal).

104. Con la suficiencia sustantiva de su conformación se destaca, entonces, un aspecto cuantitativo del ordenamiento jurídico, lo que significa la urgencia de que en aquella combinación no estén comprendidas ni menos ni más normas de las que se necesitan para que rinda como se espera que lo haga, esto es, para que del ordenamiento de las normas se siga el ordenamiento de los hombres y de sus cosas.
105. Con la suficiencia modal, en cambio, lo que se destaca es un aspecto cualitativo del ordenamiento jurídico. La urgencia sobre la que se reacciona no es ya la que se refiere a cuántas normas deben combinarse para que la combinación sea suficiente, sino a cuáles son las que deben hacerlo para que la combinación resulte coherente. Va de suyo, por lo que recién senté, que la modal es el presupuesto de la suficiencia sustantiva, o que la condición de esta es aquella, lo cual, como se verá enseguida, no es más que la extensión, a la complejidad del ordenamiento, de los atributos de la legitimidad y de la validez, predicables de los actos normativos (imperativos), y de las normas que resultan de aquellos actos.
106. Por su parte, la diversidad (en la unidad) del ordenamiento jurídico se identifica con su transformación, y en especial con la que podría llamarse su transformación *ab intra*, o sea desde dentro, que contrasta con aquella otra, externa, *ab extra*, que tiene su desarrollo más conocido en la revolución, y que, a diferencia de la primera (de la interna), no consiste tanto en un cambio dentro del ordenamiento conformado, cuanto en la conformación de uno nuevo, de lo que resulta, en aras de la diversidad, la exclusión de la unidad. Al margen de su carácter interno o externo, en la reacción transformadora se hace sentir la necesidad de adaptar el ordenamiento a un orden supuesto o presupuesto que, a juzgar por la experiencia secular del Derecho, no puede ser otro que el de la economía o el de la moral, es decir, el de la conveniencia o el de la justicia, de donde se sigue que también al orden de artificio, al ordenamiento jurídico, según lo que expliqué arriba (*vid. núm. 101, supra*), le

conciene ordenarse en atención a un orden superior, más natural o, si cabe, menos artificial. En resumidas cuentas, en la transformación se acusa la imperfección del ordenamiento, del artefacto, y su aspiración, la aspiración de sus artífices, de aproximarle al modelo, esto es, al orden económico o moral supuesto o presupuesto.

107. Después de esto, ya podrá percatarse el lector de la diferencia, en veces sutil, en veces de bulto, que existe entre la conformación y la transformación. Por lo general, aquella y esta, que están animadas por el afán de un cambio, divergen en cuanto a que, por la primera, el cambio es obrado al objeto de adaptar el ordenamiento jurídico a sus propias formas, mientras que por la segunda, con sus propias formas (con la excepción de la revolución, a la que aludí en el núm. 106, *supra*), el objeto del cambio es la adaptación del ordenamiento a las exigencias de un orden distinto, bien de carácter económico, bien de carácter moral. Por fuera de estos supuestos, cuando el ordenamiento jurídico es constituido *ab initio*, o es revocado *in fine*, quiero decir, cuando el cambio no se produce en el ordenamiento, sino que el ordenamiento es el cambio o es lo cambiado, entre la conformación y la transformación la diversidad solo es relativa, en el entendido de que esta, la transformación, es la conformación de un sucesivo ordenamiento jurídico apreciada en su relación con el ordenamiento jurídico sucedido.
108. Admitida la idea de que las suficiencias modal y sustantiva son los dos aspectos virtuosos de la conformación del ordenamiento jurídico, es tiempo de averiguar —y me aprovecharé de un par de términos que le son muy caros a la medicina— cuáles son sus patologías, valga decir, cuáles los vicios que se les oponen, y cuáles sus remedios, esto es, cuáles los dispositivos que, a manera de anticuerpos, ayudan a combatir los antígenos que son los vicios en cuestión.
109. Dado que la suficiencia es un atributo medianero, y por lo tanto virtuoso, entre la deficiencia y la excedencia, que son extremos, estos últimos, viciosos como son, le suponen una amenaza al primero. Tal como lo mencioné de pasada en el número 104 (*supra*), en lo sustantivo, la deficiencia es el riesgo de que, por faltarle normas, el ordenamiento no sirva a ordenar la realidad, mientras que la excedencia es el riesgo de que, por sobrarle, en lugar de ordenarla, la desordene.
110. Para precaver uno y otro riesgos, o para deshacer el mal que de ellos se sigue, es que se provee, en el evento de la deficiencia, mediante la

integración *sub specie* de los argumentos *a simili* y *a contrario*, por un lado, y de la costumbre y la equidad, por el otro lado; y en el evento de la excedencia, mediante la depuración, *sub specie* de la temporalidad y la especialidad, por un lado, y de la jerarquía, por el otro. Conviene, pues, que sobre estos remedios se de en la cuenta de lo siguiente:

- a. La integración, cualesquiera que sean sus manifestaciones más específicas, revierte, por decirlo así, en una completación del ordenamiento jurídico en cuanto se hace existir la norma faltante. Cosa distinta es que el contenido de la declaración normativa sea obtenido del de las normas del propio ordenamiento, que es lo que acontece con los argumentos *a simili* y *a contrario*, o, en cambio, que se obtenga de un ordenamiento o de un orden distintos, que es lo que acontece con la costumbre y la equidad. Según que el contenido de la norma integradora se obtenga del ordenamiento integrado o, en cambio, de un orden o de un ordenamiento distintos, se dirá que, en el primer caso, la integración es autónoma, y que es heterónoma en el segundo.
- b. De suyo va, como que es producción normativa, que el presupuesto de la integración es que en el ordenamiento jurídico por ser integrado exista, lo menos, una norma medial que consienta su completación autónoma o heterónoma, esto es, la formación de una norma avenida a los modos propios de los argumentos *a simili* o *a contrario*, o de la equidad o la costumbre. En este punto, se hace irresistible la prolongación de las figuraciones biológicas: la integración del ordenamiento jurídico se asemeja a la regeneración del tejido conjuntivo de algunos organismos animales, para la que, en veces, como en la integración autónoma, resulta bastante con las células del propio organismo, o, en a veces, como en la integración heterónoma, no bastando con las primeras, al organismo le son trasplantadas las células de uno distinto, que son asimiladas a la sazón por aquel.
- c. En Colombia la integración autónoma, con las formas *a simili* y *a contrario*, está dispuesta, por ejemplo, en los arts. 8 de la Ley 153 del 1887 (L.153/1887) (República de Colombia, 1887) y 6 de la Ley 600 del 2000 (L.600/00) (República de Colombia, 2000). La integración heterónoma, con las formas de la costumbre y la equidad, está prevenida, por su parte, en el art. 13 de la L.153/1887 (República de

Colombia, 1887) y en el art. 230 de la Const. Pol.²⁹ (Asamblea Nacional Constituyente, 2016).

- d. Por lo que respecta a la depuración, su bondad estriba como en disolver la antítesis, aparente o cierta, que a causa de la exuberancia normativa se manifiesta entre dos normas, de sólo sustantivas, a la cual antítesis le es dado el nombre de antinomia. Si es aparente, la antinomia es relativa; si es cierta, la antinomia es absoluta.
- e. Se dice relativa la antinomia cuando, en rigor, las normas no son tanto adversas cuanto diversas, y, por consiguiente, su diversidad puede ser destacada por el contraste de los límites existenciales de la una y de la otra, es decir, por el descubrimiento de las distintas vigencias de las normas enfrentadas, bien porque divergen en sus temporalidades, a lo que se alude con la fórmula *lex posterior derogat priori*, bien porque divergen en sus calidades, o sea en lo que se manda, o en a quién le es mandado, así como en sus localidades, esto es, en dónde se manda, a todo lo cual se apela con la expresión *lex specialis derogat generalis*.
- f. Mientras la antinomia relativa se traduce, por sus diferentes existencias, en una coordinación de las normas antitéticas, de manera que la conservación de la una no impide la de la otra, la antinomia absoluta, a virtud de sus existencias idénticas, esto es, de sus comunes temporalidades, calidades y localidades, se resuelve en la subordinación de la de inferior a la de mayor jerarquía, lo que, al amparo de la fórmula *lex superior derogat legi inferiori*, importa, con la expulsión de aquella, la conservación de esta.
- g. Acerca de la superación de las antinomias relativas con el recurso a la especialidad, lo mismo que la de las absolutas con el criterio de la jerarquía, querría elucidar lo siguiente:
 - i. Se llama especial la norma que, en cuanto especifica la calidad o la localidad del conflicto de intereses, esto es, a quién o qué se manda, o en dónde se manda, dispone para aquel una regulación diversa de la que viene dispuesta para el mismo conflicto por una

29 La integración sustantiva es un remedio cuyo uso les está reservado a los oficios judiciales. Un indicador de la verdad de esta aserción lo da, entre otras varias disposiciones normativas, el número 6 del art. 42 del Cód. gen. proc. (República de Colombia, 2015).

- norma que, en cuanto no especifica, o los especifica menos, los aspectos susodichos, se llama general.
- ii. A su turno, la norma general puede ser imperativa o dispositiva. Es lo primero cuando la existencia de la norma excluye, porque no admite una distinta de la suya, una distinta regulación del mismo conflicto de intereses. Es lo segundo cuando la existencia de la norma no se opone, en cuanto exista una norma distinta, a una distinta regulación del mismo conflicto de intereses.
 - iii. No me parece demasía llamar la atención del lector acerca de la frecuente, y quizás inexacta, asimilación que hacen los abogados de las normas imperativas con las llamadas normas de orden público; a tal punto se insiste en ella, que las primeras son definidas con las segundas. En sentido estricto, como que no se conoce una norma que no se resuelva en una orden, con la expresión orden público no puede menos que redundarse en la virtud ordenadora de una norma que, al disponer para todos o para muchos en lugar de para unos pocos, sirve para ordenar lo público. Desde este punto de vista, y considerando lo que expuse más arriba sobre los muy nebulosos criterios de lo público y de lo privado (*vid.* núm. 42, *supra*), tanto mayor será el orden público de una norma, cuanto mayor sea la distancia que medie entre quien la pronuncia y los sujetos del conflicto para los cuales es pronunciada, y, por contera, mayor sea el número de sus destinatarios, de lo que se sigue el carácter relativo del atributo en comento, así como su predominancia en las normas conformadas al medio legislativo.
 - iv. De esta suerte, tanto como en las imperativas, hay que reconocer el orden público en las normas dispositivas, lo cual no es óbice, por lo que ya expliqué, para que aquel orden, justamente por su eficacia dispositiva, pueda ser excluido por uno distinto, menos público o, si se prefiere, más privado. Ejemplos de lo que estoy diciendo son el primer inciso del art. 864 del Código de comercio (Cód. com.) (República de Colombia, 2015a), así como el núm. 1 del art. 774 del mismo Código (República de Colombia, 2015a). Por lo demás, en lo concerniente a las normas generales pronunciadas, sobre todo según el medio legislativo, la eficacia dispositiva debe considerarse la excepción, a la vista del art. 16 del Cód. civ. (República de Colombia, 2021a), con lo cual queda adverbado el razonamiento del número iii (*supra*).

- v. Por consecuencia, la incompatibilidad entre dos normas, una general y otra especial, solo puede disolverse mediante el recurso a la especialidad de la segunda en tanto y en cuanto a la generalidad de la primera no le repugne una diversa regulación del conflicto de intereses, esto es, siempre que la norma general no sea imperativa, que si lo es, la antinomia será absoluta y el remedio será la depuración sustantiva mediante la aplicación del criterio jerárquico.
 - vi. Los criterios de los que he hecho mención están desarrollados en normas pertenecientes a una clase a la que le ha sido dada el nombre de normas de aplicación (Carnelutti, Sistema de Derecho procesal civil (T. I), 2004), cuya sistematización más esmerada debería reunir las, quizás, dentro del género de las normas mediales (de carácter depurador), y cuyos ejemplares más salientes, en Colombia, se identifican con los arts. 10, núm. 2, del Cód. civ., 2 y 3 de la L.153/1887 (República de Colombia, 1887) (temporalidad), 10, núm. 1, del Cód. civ. (República de Colombia, 2021a) (especialidad), 4 de la Const. pol. (Asamblea Nacional Constituyente, 2016), 10, inciso primero, del Cód. civ. (República de Colombia, 2021a), 9 y 12 de la L.153/1887 (República de Colombia, 1887) (jerarquía).
111. En lo modal, la suficiencia está amenazada por la carencia y por la apariencia, que significan, en el primer caso, la ineptitud del acto para devenir norma porque le faltan requisitos, y, en el segundo caso, el devenir el acto en norma pese a que le faltan aquellos. A quien vea estas cuestiones con ojos atentos, no le pasará inadvertido que la carencia se presenta como deficiencia del acto en cuanto es menos de lo que puede, en tanto que la apariencia se torna en el exceso del acto en cuanto puede más de lo que es.
112. Fijado lo anterior, sobre las amenazas de la suficiencia modal, así como sobre sus remedios, constituidos por la convalidación y la invalidación, querría hacer las siguientes anotaciones:
- a. Aunque sea una verdad de perogrullo, para que las normas jurídicas existan es necesario hacerlas existir. Los actos que se encaminan a hacer existir las normas jurídicas reciben el nombre de actos imperativos y, de acuerdo con una indicación pretérita (vid. núm. 53, supra), se dividen en proveimientos y en negocios.

- b. Debido a lo que señalé en el número 107 (supra), hecha la excepción del acto constituyente originario, cuyo valor no puede ser ni más ni menos que económico o moral, la conformación del ordenamiento jurídico, quiero decir, la producción de las normas que lo conforman, está condicionada por la realización de actos cuyo valor, además de —e incluso primero que— económico y moral, es jurídico.
- c. Así, que el acto imperativo sea jurídico, y que el acto jurídico sea imperativo, significa, en consonancia con el tenor del número 51 (supra), que un cierto cambio de la realidad, dirigido por la voluntad de un hombre, destinado a obrarse sobre la de otro hombre para que haga un cambio ídem, en la medida de su avenencia al modelo del cambio, contenido en una norma jurídica que, precisamente por contenerlo, se llama medial, tiene el valor de una norma, y, por consecuencia, es una norma que tiene valor jurídico.
- d. La conformidad del acto imperativo con el modelo, con la norma medial, se conoce como legitimidad, y sus resultas, como validez, que no es otra cosa que el ser jurídico el acto imperativo, o, mejor aún, el valer el acto imperativo como norma jurídica. Es por esto que si entre la legitimidad y la validez la diferencia es la misma que entre el devenir y el ser, de donde la legitimidad lo es de la acción que produce el evento, y la validez lo es del evento producido por la acción, no debe haber ningún inconveniente para que se afirme que la legitimidad es la validez que se hace, y que la validez es la legitimidad que se hizo.
- e. En síntesis, la legitimidad es la expresión de la suficiencia modal, o sea, la reunión en el acto jurídico imperativo de todos y de cada uno de los requisitos a los que se refiere el modelo de aquel acto descrito en la norma medial. Sin embargo, si la ocurrencia en el acto de los requisitos del modelo es necesaria para que aquel sea legítimo, y, siéndolo, valga como norma, es posible, y ocurre con frecuencia, que en su realización falten algunos, lo cual, según las diversas maneras de reaccionar el Derecho sobre esa insuficiencia, puede derivar, siguiendo la línea de lo antedicho en el número 111 (supra), en la carencia y en la apariencia.
- f. Debo decir que, reducidos a su expresión mínima, y sin que importe mucho ahora la promiscuidad a la que, de ley en ley, son sometidos sus nombres, los requisitos de los actos jurídicos imperativos se refieren, por lo regular, a lo que al sujeto le sucede, a cuya designación se

provee, según el carácter natural o normativo de lo sucedido, con las palabras capacidad y legitimación; a lo que debe suceder en el sujeto, para lo cual se emplean, según que el suceso tenga carácter teleológico o psicológico, los términos finalidad (también causa o fin) y volición (también voluntad o intención); y a lo que el sujeto debe hacer suceder, a lo que, en general, se le dice forma, que, según se considere por el lado del cambio o de la permanencia, se espiga en modo (forma modal) y en sustancia (forma sustantiva) (vid. núm. 61, et al., supra).

- g. De esta guisa, cuando, por faltarle requisitos, el acto es insuficiente, puede ocurrir, sin embargo, que a la ilegitimidad consiguiente el Derecho sobreponga las resultas de la legitimidad, o sea la validez, con tal que de aquella —de la legitimidad— el acto tenga la apariencia, lo cual, de ordinario, puede conseguirse subordinando a la existencia del requisito más sensible, o sea el de la forma, la inexistencia, o la existencia incompleta, de los requisitos que lo son menos, es decir, los de la capacidad, la legitimidad, la finalidad y la voluntad. A este expediente se acostumbra llamarlo presunción de validez.
- h. Por el contrario, cuando de la legitimidad el acto no alcanza a tener ni la apariencia, la resulta no puede ser otra cosa, por paradójico que sea, que la no resulta, para referirse a lo cual, con inusual lucidez, la legislación comercial colombiana utiliza el término inexistencia, cuyo sentido, salta a la vista, no es, en el plano de la historia, el no existir del acto, sino, en el del Derecho, el de no ser jurídico, quiero decir, dada su ilegitimidad, en el no valer como norma.
- i. Sea de esto lo que sea —la apariencia o la carencia— lo cierto es que en lo uno y en lo otro está presente la insuficiencia, que, en cuanto importa un desorden del ordenamiento, demanda, a semejanza de los de la insuficiencia sustantiva (vid. núm. 110 y ss., supra), ciertos remedios, que serán integradores o depuradores siempre que lo que sobresalga de aquel desorden sea el defecto, la carencia de requisitos, o el exceso, la apariencia de legitimidad.
- j. Si, porque le faltan requisitos, la insuficiencia del acto es una carencia, puede suponerse que su remedio sea la adición, mediante un acto sucesivo y complementario, de los requisitos faltantes. Este procedimiento integrador, en su forma más general, merece el nombre de convalidación, como que por él llega a ser jurídico, esto es, a valer

como norma, el acto que no lo era, que no valía. Luego, el convalidador, en cuanto adhiere al acto convalidado, además de replicar de aquel las formas modal y sustantiva, tiende a constituir con este, para los fines de engendrar la norma, uno y el mismo acto jurídico, de suerte que la legitimidad precedente se predica juntamente de los dos, y no de cada uno por separado. Después, salvando las vicisitudes nominales, tan frecuentes entre las diferentes legislaciones del mismo ordenamiento, de acuerdo con una indicación anterior (*vid. lit. f.*, núm. 112, *supra*), en Colombia son normas integradoras de cariz convalidador, entre otras, las del art. 1752 del Cód. civ. (República de Colombia, 2021a) y la del primer inciso del art. 898 del Cód. com.³⁰ (República de Colombia, 2015a).

- k. En sede de remedios convalidadores, debo hacer una referencia particular a la que se ha dado en llamar *ratificación tácita*, de la cual se hace eco el art. 1754 del Cód. civ. (República de Colombia, 2021a), según el cual "es la ejecución voluntaria de la obligación contratada". Rigurosamente hablando, si estoy en lo cierto, la tal ratificación no consiste en hacer la existencia de la norma, sino en hacer lo que ella manda como si existiera. Entendido así el asunto, se tiene, en primer lugar, que la "ratificación tácita" no se resuelve en un acto imperativo, en uno que produce una norma, sino en uno lícito, o sea, en uno que la acata; en segundo lugar, salvo que lo mandado por la norma sea una declaración —como cuando, por ejemplo, se contrae la obligación de celebrar un contrato—, aquella ratificación conlleva una operación, de acuerdo con lo expuesto en el núm. 85 (*supra*); y, en tercer lugar, como síntesis de lo supra-dicho, hay que observar que si lo acostumbrado es que la norma sea obedecida porque existe, gracias al arbitrio de marras, y por vía de excepción, la norma existe porque es obedecida; es, pues, lícito deducir, no sin redundar un tanto, que, en contraste con la convalidación ordinaria (llamada *ratificación expresa* en las legislaciones civil y comercial colombianas (*vid. lit. k del núm. 112, supra*), que es un hacer la norma para la obediencia, la *ratificación*

30 Evítase la confusión entre hacer existir una norma, que es en lo que consiste la convalidación, y determinar los límites de la norma existente, o de la existencia de la norma, que es a lo que se refieren, por ejemplo, las disposiciones del Cód. gen. proc. que gobiernan la corrección, la aclaración y la adición de los proveimientos judiciales.

tácita, que puede encuadrarse como un remedio convalidador extraordinario, lo es, justamente, en la medida en que es un hacer la norma mediante su obediencia.

- i. Todavía otra observación: el afán de llevar la comprensión de la ratificación tácita hasta sus últimas consecuencias aconseja que no se desdeñe la hipótesis según la cual su significación prístina es la de obviar el Derecho la insuficiencia carencial del acto imperativo, merced a la eficacia de la forma sustantiva de aquel acto, representada en el obedecimiento de la orden, lo que se traduce, a la postre, en una atribución sobrevenida, al acto insuficiente, del carácter de la suficiencia, o sea de la legitimidad, y con esta, de la validez, que es su resulta.
- m. Por lo que hace a la insuficiencia apariencial, o si se me permite un giro más expresivo, al acto al que, aunque le falta la legitimidad, le sobra la validez, el remedio, en lugar de poner lo que le falta, consiste en quitar lo que le sobra. A este dispositivo depurador en el plano de lo modal le es dado el nombre de invalidación, sobre el cual será bueno que haga los siguientes acotamientos:
 - i. Si la convalidación es un remedio integrador que —dicho sea de paso—, por destinarse exclusivamente, o casi, a colmar las carencias de los negocios, se suele dejar en las manos de los mismos interesados en hacer existir la norma, de donde el remedio es un negocio adicional con las características indicadas en el lit. j del núm. 112 (*supra*), la invalidación es un remedio depurador, uno cuyo mérito no es tanto finiquitar la existencia del acto apariencial, cuanto quitar de raíz aquella existencia, esto es, hacer como si nunca hubiera existido, con la consecuente exclusión del ordenamiento de la norma espuria, para lo cual, bien se trate de un negocio o de un proveimiento, se precisa, sin variación, del concurso de un proveimiento judicial invalidador, lo que es tanto como afirmar que el monopolio del remedio les pertenece a los jueces de la República. Si no me engaño, las razones de este monopolio son, cuando menos, dos:
 - La experiencia inveterada de las disímiles formas de comportarse las personas, según que de sus intereses haya una tutela jurídica posible o actual. En el primer caso, cuando la tutela no es actual, pero es posible, la expectativa de su realización es estímulo

bastante para que el interesado favorezca, poniéndole lo que le falta, la convalidación del acto carencial. En cambio, ante la insuficiencia del acto apariencial, la actualidad de la tutela es el principal impedimento del interesado para renunciar a ella, o sea, para, al quitarle al acto la legitimidad que no tiene, obrar su invalidación.

- A la razón antedicha, que, de acuerdo a lo que senté en otra parte (*vid. núm. 43, et al., supra*), les incumbe, en particular, a los actos en los que se desarrolla la autonomía más inmediata (la autonomía privada), quiero decir, en los negocios, hay que sumarle otra, que aun cuando se revela con mayor facilidad en los actos que le pertenecen a la autonomía mediata y a la soberanía, en los proveimientos (*vid. núm. 53, supra*), también puede manifestarse en aquellos (en los negocios). Incluso si no es parte del conflicto de intereses para el cual dispone, está patente el riesgo de que el autor sobrestime la perfección de su obra, quiero decir, que no perciba, por su entrañable cercanía con él, la insuficiencia modal del acto que realiza, de modo que su legitimidad no se le aparezca como una frágil apariencia, sino con la robustez de la certeza.
- ii. Por mor de las razones precedentes, se descubre la necesidad, y por sobre esta, la utilidad de inducir una cierta expansión del medio judicial (*vid. lit. B del Ord. II, supra*), para que, juntamente con la de componer litigios (*vid. lits. a y ss. del núm. 36, supra, y núms. 127 y ss., infra*), que suele ser función confirmadora³¹, realice la función depuradora, ya en el plano sustantivo (*vid. lits. d y ss. del núm. 110*), ya en el modal, de acuerdo con lo que vengo de explicar.
- iii. De reaccionar a esta necesidad no están ni siquiera relevados los jueces cuando la insuficiencia apariencial se predica de una sentencia, o, en menor medida, de otro tipo de providencias judiciales, que, para obrar la depuración en casos como los de marras, están instituidas, en Colombia, la casación, dispositivo depurador de sentencias pronunciadas por los jueces ordinarios,

31 *Vid. los números 122 y siguientes, infra.*

cuya administración les está confiada a las distintas salas de casación de la Corte Suprema de Justicia (*cf.* art. 235, núm. 1, de la Const. pol.), y la "tutela contra providencias judiciales", que ha venido a ser un dispositivo de depuración de cualesquiera proveimientos emanados de sus potenciales administradores, que son los propios jueces de la República (*cf.* art. 86 de la Const. pol.; Asamblea Nacional Constituyente, 2016).³²

- n. No quedaría completa la exposición sobre los remedios de la insuficiencia modal si, por de pronto, se me pasara discurrir sobre la pendencia, con la cual, a propósito de la carencia y de la apariencia, es calificada la posibilidad de que con la primera aparezca, y de que de la segunda desaparezca, la suficiencia del acto imperativo. En tal virtud, haré los siguientes apuntes:
 - i. El problema de la pendencia es el de la caducidad, y el de la caducidad es el de la incerteza. En efecto, mientras exista la posibilidad a la que aludí recién, y dada la estrecha vinculación de la suficiencia modal con la sustantiva (*vid.* núm. 105, *supra*), la carencia significa, en últimas, el riesgo de que la norma jurídica no llegue a existir, al paso que el de la apariencia es que la norma jurídica deje de existir.
 - ii. La incertidumbre dicha, a la que no puede renunciar del todo, es tolerada por el Derecho dentro de precisos, cuando no de estrechos, márgenes temporales, y tanto más lo son, a juzgar por las disposiciones legales del Derecho colombiano, cuanto menor es el involucramiento, en el conflicto de intereses para el cual se dispone con el acto imperativo, de quien tiene a su cargo remediar la insuficiencia³³, lo cual coincide aproximadamente, por lo que indiqué más arriba (*vid.* ord. i, lit. m, núm. 112, *supra*), con el carácter convalidador o invalidador del remedio³⁴.

32 Además de la Sentencia de constitucionalidad de la Corte Constitucional de Colombia, número 590, del 8 de junio del 2005, cuyo magistrado ponente fue el doctor Jaime Córdoba Triviño.

33 Lo cual tiene su explicación en el hecho de que, a mayor número de destinatarios de la norma por ser formada, mayor es el riesgo del desorden por causa de la incertidumbre; se ve, pues, una relación directa entre el mayor orden público de la norma proyectada y el menor plazo de caducidad para remediar la insuficiencia del acto que la proyecta.

34 La verdad de lo dicho está confirmada, incluso para los proveimientos legales, por el

Así, por ejemplo, si para hacer las *ratificaciones expresa* o *tácita* de los arts. 1752 y ss. del Cód. civ. (República de Colombia, 2021a) y 898 del Cód. com. (República de Colombia, 2015a), en la medida en que no se conoce otro, el plazo es el de diez años del art. 2536 del Cód. civ. (República de Colombia, 2021a),³⁵ para provocar la *rescisión* del art. 1750 del Cód. civ. (República de Colombia, 2021a) el plazo es de cuatro años, y de dos para la *anulación* del 900 del Cód. com. (República de Colombia, 2015a).

- iii. No se olvide que, así como del acto convalidado o invalidado, de la convalidación o de la invalidación es presupuesto un poder normativo que, de acuerdo con el medio prevenido por el Derecho para su actuación, podrá ser legislativo (*E.g.* art. 202 de la L.5/1992; República de Colombia, 1992), judicial (*E. g.* Decreto 2067 del 1991; República de Colombia, 1991a); arts. 333 y ss. del Cód. gen. proc. (República de Colombia, Cód. gen. proc., 2015b); arts. 40 y ss. de la L.1563/12 (República de Colombia, 2012); art. 137 del Cód. proc. adm. (República de Colombia, 2021b); arts. 1750 del Cód. civ. (República de Colombia, 2021a) y 900 del Cód. com. (República de Colombia, 2015a), y administrativo (*E. g.* art. 1752 del Cód. civ.; República de Colombia, 2021a) y 898 del Cód. com. (República de Colombia, 2015a).
- iv. Dicho lo cual, al lector atento no le pasará inadvertida la idea de que la caducidad implica hacer del tiempo, al lado de los habituales (*vid. lit. f* del núm. 112, *supra*), un requisito de la legitimidad del acto imperativo en general, y de los actos convalidadores e invalidadores en particular, de forma que si esos actos no son realizados observando la distancia temporal fijada por la norma medial, con la carencia termina por negarse, y con la apariencia por suponerse, la existencia de la norma.

número 3 del art. 242 de la Const. pol., de acuerdo con el cual "[l]as acciones por vicios de forma caducan en el término de un año, contado desde la publicación del respectivo acto." (Constituyente, 2016)

35 La estimación de los diez años resulta de una analogía entre el mayor plazo para que el juez ejerza el poder que le corresponde, y el poder de una persona cualquiera para ejercer el suyo.

- v. A las pendencias de los actos carencial y apariencial, por lo que expuse arriba (*vid. lits. j y ss. del núm. 112*), puede llamárseles, según que sus remedios sean la convalidación y la invalidación, y precisamente porque lo son, constituibilidad, en cuanto a los primeros (los actos carenciales), y resolubilidad, en cuanto a los segundos (los actos aparienciales), muy a propósito de lo cual llamo la atención de quien me leyere para que, después de consultar las disposiciones legales que en Colombia se refieren a estas materias, se percate de que si la resolubilidad es una manifestación de la pendencia que solo les atañe a los actos que adolecen de insuficiencia apariencial, no puede decirse lo propio de la constituibilidad relativamente a los actos viciados por la carencia, ya que del acto apariencial, en precisas circunstancias (por ejemplo en las del colofón del art. 1742 del Cód. civ.; República de Colombia, 2021a), mediante la *ratificación*, puede trocarse la suficiencia no realizada por la realidad de la suficiencia.
- vi. Una cosa más: cuando quiera que exista una previsión legal sobre la convalidación omisiva del acto viciado de insuficiencia apariencial —por ejemplo la del primer inciso del art. 1743 del Cód. civ. (República de Colombia, 2021a)—, esta hipótesis deberá distinguirse con sumo cuidado de la representada por la caducidad de la resolubilidad, como que si la primera comporta, con la forma modal de la omisión, el uso del remedio de la insuficiencia, la segunda, consista o no en una omisión, solo puede significar el desuso de aquel remedio, es decir, la insuficiencia que deviene irremediable.
- vii. Pronto se ve, entonces, que no es igual convalidar omitiendo a omitir la convalidación. Por una parte, en este último evento, es claro que el Derecho sacrifica suficiencia por certeza, de donde resulta que, no obstante serlo, el acto insuficiente no deja de aparecer como norma jurídica y, por otra parte, por mérito de los dos eventos que tengo dichos, se aprecia nítida la diferencia entre la caducidad (la insuficiencia del acto imperativo por razón del tiempo) y la prescripción, esto es, la eficacia del tiempo en el acto imperativo, o del acto imperativo temporal, para sustituir a la sola apariencia la existencia de la norma jurídica.

113. A riesgo de parecer inmodesto, diré, según creo, que las ideas precedentes sirven, entre otras cosas, para insinuar la senda que debe seguir quien quiera intentar una sistematización más completa de la función depuradora del ordenamiento jurídico; y toda vez que la depuración es, dentro de la conformadora (*vid. Ord. I, supra*), una función más específica, no me será ilícito intentar su esbozo consultando el criterio seguido para presentar el de esta, lo que me autoriza a plantear, para cada uno de los medios de conformación del ordenamiento jurídico —y a sabiendas de que, en general, su medio siempre es judicial (*vid. ord. ii del lit. m del núm. 112*)—, un peculiar modo de depuración, de tal suerte que la hay legal, cuyo dispositivo ejemplar es la “acción pública de constitucionalidad” (*cf. Decreto 2067 del 1991 República de Colombia, 1991a*); la hay judicial, cuyos dispositivos ejemplares son, en lo ordinario, la casación (*cf. arts. 333 y ss. del Cód. gen. proc., República de Colombia, 2015b*; arts. 86 y ss. del Cód. proc. trab., República de Colombia, 2013a); y arts. 180 y ss. del Cód. proc. pen., República de Colombia, 2021c) y la revisión (*cf. arts. 354 y ss. del Cód. gen. proc., República de Colombia, 2015b*; y arts. 192 y ss. del Cód. proc. pen., República de Colombia, 2021c), en lo constitucional, la tutela contra providencias judiciales (*cf. Decreto 2591 del 1991, República de Colombia, 1991b*; y Sentencia de constitucionalidad número 590 del 2005 de la Corte Constitucional de Colombia), en lo contencioso administrativo, la revisión (*cf. arts. 248 y ss. del Cód. proc. adm., República de Colombia, 2021b*) y la “unificación de jurisprudencia” (*cf. arts. 256 y ss. del Cód. proc. adm., República de Colombia, 2021b*); la hay administrativa, cuyos dispositivos ejemplares son, en lo público, la nulidad por inconstitucionalidad (*cf. art. 135 del Cód. proc. adm., República de Colombia, 2021b*), la nulidad (*cf. art. 137 del Cód. proc. adm., República de Colombia, 2021b*), la nulidad y el restablecimiento del derecho (*cf. art. 138 del Cód. proc. adm., República de Colombia, 2021b*) y la nulidad electoral (*cf. art. 139 del Cód. proc. adm., República de Colombia, 2021b*), y en lo privado, los arts. 1740 y ss. del Cód. civ. (República de Colombia, 2021a), así como los arts. 897 y ss. del Cód. com. (República de Colombia, 2015a).
114. En la parte siguiente, la cuarta y última, me dedicaré, entonces, a tratar de la nulidad y el restablecimiento del derecho, que es, ante todo, pero no solamente, un dispositivo depurador de ciertos actos imperativos, de ciertos proveimientos, pronunciados por la administración pública.

IV. El proceso de nulidad³⁶ y restablecimiento del derecho

115. He dicho que la nulidad y el restablecimiento del derecho es un dispositivo depurador de ciertos actos administrativos (*vid. núm. 113, supra*). Esto, desde luego, no sirve más que como una sugestión; por eso huelga averiguar cómo es operado (o cómo debe serlo) aquel dispositivo, y si, junto con el depurador, su uso —el del dispositivo en mención— importa el ejercicio de algún otro medio de conformación, ya sea de tipo confirmador o integrador, en cuyo evento se hará bien determinando si la confirmación o la integración se avienen a las funciones primordiales de la legislación, de la judicatura y de la administración (*vid. Ord. I., supra*), o solo a alguna o a algunas de aquellas.
116. Ya que a primera vista la nulidad y el restablecimiento del derecho se desarrollan mediante un proceso judicial, y que de este, del proceso, su contenido ordinario es una litis, la resolución de las cuestiones anunciadas presupone la vista o, porque antes de ahora han sido vistos (*vid. el concepto de litigio en los núms. 16 y 17, supra, y una referencia al de proceso en el núm. 33, supra*), la revista de los conceptos de proceso y de litigio. Por lo demás, si es de presumir, teniendo en cuenta, sobre todo, el discurso del Ord. III (*supra*) que con el sustantivo *nulidad* lo enfatizado es la virtud depuradora del dispositivo del que es su nombre a medias, hace falta conocer cuál es la virtud implícita en la otra parte del nombre, esto es, en la fórmula *restablecimiento del derecho*, que muy bien podría traducirse en una aptitud para confirmar o para integrar, y, todavía más, para legislar, judicar o administrar mediante aquella (la confirmación) o esta (la integración).

36 Aunque en el Cód. proc. adm. (título III de la parte segunda) la "nulidad y el restablecimiento del derecho" (República de Colombia, 2021b) está presentado, entre varias, como una especie de "medio de control", decidí sustituir a esa fórmula el sustantivo *proceso*. La razón del cambio consiste en la que, si estoy en lo cierto, es la confusión apreciable en la nominación legal entre el genuino medio controlador, o sea el proceso que se desarrolla según las prescripciones de los arts. 159 y ss., y una resulta posible, aunque no necesaria, del control ejercido, esto es, la *nulidad* del acto administrativo y el *restablecimiento del derecho*. La confusión denunciada, una vez más, debe cargarse a la larga cuenta de aquella vetusta y pertinaz doctrina que caracteriza al *derecho de acción*, ni más ni menos, que como el derecho del accionante a obtener de la jurisdicción una sentencia favorable.

A. El litigio

117. Cuando dos hombres contienden sobre un mismo bien en manera que se verifica de sus intereses una antipatía, una recíproca inclinación a excluirse, se dice de aquellos hombres que están trabados en una litis, o lo que es igual, que están divididos por un litigio.
118. Si en un sentido objetivo el origen del litigio está vinculado con la tenencia de un bien, y este sentido es prácticamente invariable, su sentido subjetivo se muestra más movedizo, a despecho de que, por razones pretéritas, sus expresiones son fundamentalmente dos: el *no saber* y el *no tener*, o, en cuanto se considere que para estos fines el saber se refiere al tener, y el tener está precedido del saber, el *no saber lo que se tiene* y el *no tener lo que se sabe*.
119. En resumen, dado que lo que no se sabe, tanto como lo que no se tiene, es el orden, y en vista de que de este —del orden— su más colectiva proyección humana es (aunque lo sea cada vez menos) el Derecho, el principio del litigio es un desorden, o sea, un no saber o un no tener lo que es mandado por el orden y, en última instancia, por el Derecho.
120. La acción remediadora del Derecho sobre la raíz de esa especie de desorden que es el litigio debe aparecer proporcionada a su índole mayormente intelectual o material. Su simplicidad (la del remedio), empero, está contradicha por la dificultad de su asimilación: ya que el *no saber* se contrarresta con el *saber*, y el *no tener* con el *tener*, en más de una ocasión, cuando las partes del conflicto no pueden o no quieren procurarse por sí mismas el *saber* o el *tener* que las ordenaría, es necesario que alguien más, procurándoselos, las mueva al orden. Esta función de *tercería*, de mediación ordenadora, les ha sido encomendada en Colombia a los jueces de la República en sus distintas especialidades, y de entre estas a los de la administrativa.
121. Con lo anterior querría postular la existencia del litigio administrativo, o, en cuanto le conviene más al rigor, la composición administrativa del litigio, fórmula que sirve para comunicar la idea de una pugna de intereses para cuya resolución ha sido predispuesta la aplicación de las normas jurídicas compendiadas bajo el rótulo de Derecho administrativo.
122. La verdad sea dicha, el rasgo más notable del litigio al que le concierne la composición administrativa es la presencia, como una parte, del Estado

administrador en cualquiera de sus expresiones subjetivas, esto es, como Nación, como departamento, como distrito, como municipio, etc., o, incluso, del Estado judicante, también en sus varias gradaciones subjetivas, y, si no me equivoco, con una menor frecuencia, del Estado legislador. En los dos últimos casos —los del que juzga y que legisla—, al litigio del que el Estado es uno de sus sujetos suele reservársele la composición determinada por el art. 140 del Cód. proc. adm., o sea, por el "medio de control" de la reparación directa.

123. Queda, entonces, si no demostrada, indicada la posibilidad del litigio entre una persona, ya sea natural, ya sea jurídica, y el Estado en la forma de alguno de los institutos en que se descompone. Desde luego, admitido como está que el interés es una relación entre una persona y un bien, no puede soslayarse el hecho de que aquel vínculo, sobre todo, aunque no exclusivamente³⁷, en cuanto al Estado corresponde, es el que se le presume, o puede presumírsele, a una cantidad generalmente indeterminada de personas agrupadas, y por lo tanto unificadas, a más de por el interés sobre una cierta cosa, por la representación, de cara a su tutela administrativa, de un órgano representativo.
124. De esta forma, un conflicto de intereses litigioso entre el propio Estado y una persona cualquiera, bien observado el asunto, es el afrontamiento repulsivo, excluyente, de dos fuerzas que tienden a la posesión del mismo bien: la una, constituida por una muchedumbre aphantasmada que, más o menos, viene a encarnarse en la persona del órgano estatal; la otra, compuesta por uno, cuando no por varios individuos congregados según alguno de los esquemas de asociación previstos en la ley.
125. Sobre el litigio, a fin de prevenir a quien me leyere del peligro de ciertos malentendidos que su concepto y su mala aplicación pueden provocar, me queda por decir dos cosas:
 - a. Que debe diferenciarse cuidadosamente de la diversidad de pareceres que dos o más personas pueden tener sobre la tutela de un mismo interés: esto, si se quiere, apareja un conflicto teórico, una pugna con matices especulativos, pero, al que le falta el componente esencialmente práctico, económico, que vibra desde lo más hondo de la litis.

37 Como sea, las personas jurídicas llamadas de Derecho privado también resultan, en muchos casos, de la agrupación de varias personas naturales.

b. Que la relación que tiene con el proceso —con el proceso judicial, que se entienda—, contrariamente a lo que sugiere una cierta experiencia de su realización, es, tan sólo, contingente: verdad es que la atmósfera procesal está impregnada de un persistente efluvio litigioso; se diría, incluso, que el principio de su vitalidad lo recibe el proceso de la litis que le llevan las partes; pero, con todo, así como la leña es anterior a la fogata, y esta, alguna que otra vez, se hace arder con otro combustible, el litigio, por razones históricas y lógicas, o que la lógica descubre en la historia, no solo es anterior al proceso, sino que puede existir lejos de él, de lo cual resulta que tanto es concebible el primero (el litigio) sin el segundo (el proceso), como este sin aquel. Algunas desavenencias entre el Estado y sus súbditos, expuestas en un procedimiento administrativo de determinación del tributo, sirven de ejemplo de lo que he dicho con respecto al litigio sin proceso; asimismo, el llamado proceso penal, de acuerdo con lo que razoné de pasada en los números 29 y ss. (*supra*), es un razonable modelo del proceso sin litigio.

126. Hablé antes (núms. 119 y ss., *supra*) de las dos primordiales fuentes del litigio: el *no saber* y el *no tener*, he dicho. Pues bien: justamente las dos funciones más difundidas del proceso, o sean la de cognición y la de ejecución, cuando de aquel el contenido es una litis, están dirigidas a actuar sobre las fuentes denunciadas: a la solución de la falta de certeza se provee con la función cognitiva del proceso o con el proceso de conocimiento; a contrarrestar la falta de bienes³⁸ se propende, en cambio, con el proceso de ejecución. En el literal B (*infra*), siguiente y último, intentaré mostrar que, bajo la divisa del "restablecimiento del derecho", frecuentemente se oculta, al término de un proceso de conocimiento (el de los arts. 159 y ss. del Cód. proc. adm.), la composición de un litigio provocado por la

38 Si se mira bien, también el proceso ejecutivo que dice relación con obligaciones de hacer o de no hacer, presupone, en última instancia, un *no tener*, como que la condición de lo uno o de lo otro es una cierta posibilidad de disponer, una cierta tenencia, del cuerpo ajeno. Por si quedaran dudas sobre la veracidad de esta afirmación, consúltese el art. 668 del Cód. civ. (Colombia, 2021a), en el que, bajo la apariencia mobiliaria de los hechos debidos, se esconde la intuición de ser el cuerpo del deudor el bien cuya tenencia está representada por un cierto movimiento suyo, faltando el cual el crédito del acreedor no puede ser satisfecho.

incerteza de las partes, cuando no, si es que el lugar del litigio es ocupado por un desacuerdo de pareceres sobre la tutela del mismo interés (*vid. lit. a del núm. 125, supra*), un proveimiento administrativo con la forma modal de la sentencia judicial.

B. El proceso³⁹

127. Mediante el proceso el Derecho conforma el ordenamiento, es decir, se hace a sí para imprimirle a la realidad su propio orden (*vid. lit. B del Ord. I, supra*). Según lo visto (núm. ii del lit. m del núm. 112, *supra*), el ordenamiento se conforma, además de por depuración y por integración, por confirmación. Si no es un abuso de la fraseología aritmética, me gustaría decir que mientras la depuración semeja una operación de sustracción, y la integración una de multiplicación, la confirmación, sobre la que muy poco he discurrido, es análoga a la adición.
128. Acontece que para hacer el Derecho, para conformar su ordenamiento, no siempre se precisa de la eliminación de viejos mandatos (la depuración), o de la creación radical, *ex novo*, de otros (la integración); sin embargo, aunque no le sobrarian ni le faltaran normas, a buen seguro a estas, en especial a las del medio legislativo, a las leyes –también a las normas administrativas más mediatas–, les sobraría de generalidad lo que les faltaría de especificidad.
129. La confirmación⁴⁰, en lo que hace al Derecho colombiano, es el acercamiento de la norma más abstracta al caso que lo es menos mediante la introducción,

39 Decir proceso es, al través de una voz distinta, decir juicio, y viceversa. En verdad, si el proceso da la idea del progreso, y, todavía más, del tránsito del pasado al futuro por medio del presente, el juicio, que la da de la unión, de la conjunción de lo que se aparece disyunto, en cuanto posibilita el paso de la diversidad a la unidad, constituye un verdadero proceso. El proceso, según esto, es una cierta forma –una macroscópica– del juicio.

40 El de confirmación, como la mayoría de los conceptos con los que este trabajo ha sido acometido, es de origen carneluttiano (Carnelutti, 2006). Ahora: aquí solo he tratado de la confirmación descendente, que es la más acostumbrada en los derechos diseñados a semejanza del modelo que se ha dado en llamar *romano-germánico*. Empero, la confirmación puede ser ascendente: al lector le bastará con atender al funcionamiento de los ordenamientos jurídicos inspirados por el modelo anglicado, tan aficionados a los precedentes judiciales. En el número 96 (*supra*), hay una figuración, que no una definición, de la confirmación de la que estoy tratando.

entre aquella y este, de una, o incluso de varias normas, menos generales o más específicas, que, precisamente por favorecer el tránsito de lo general a lo particular, han sido bautizadas como normas complementarias. Es por esto que si el ordenamiento jurídico se asimilara a una figura geométrica, se diría que el ancho y la altura se los debe a la depuración y a la integración, al paso que la profundidad es obra de la confirmación: por aquellas, el volumen acrece desde el centro hacia la periferia; por esta, el volumen como que se ahonda sobre su propio núcleo.

130. Al final parece evidente que del proceso del que estoy hablando, en el plano de la conformación, su cometido mínimo es la confirmación; el máximo lo serían, en cambio, la depuración y la confirmación. Las razones de esta evidencia son las que siguen:
- a. Cuando la demanda de la nulidad y el restablecimiento del derecho presentada por alguno concluye con una sentencia desestimatoria, la desestimación solo puede aparejar la confirmación de las normas mediales y sustantivas a las cuales se suponen adaptadas las formas modal y sustantiva del acto administrativo, que es redundar en la legitimidad del propio acto y, por lo tanto, en la validez de la norma advenida de aquel.⁴¹
 - b. En la confirmación que así se produzca habrá que advertir una genuina aplicación de la función judicial si en el proceso, como su contenido, puede distinguirse la existencia de un litigio (*vid. lit. A del Ord. IV*); en faltando el sustrato litigioso, la sentencia confirmativa, que no es apta, por ende, para componer una litis, es la ratificación de la validez de una norma administrativa, lo que la torna en una derivación de aquella función, de la función de administrar (*vid. lit. C del Ord. I, supra*).
 - c. No querría pasar por alto que al proceso que es instado con la demanda de la nulidad y el restablecimiento del derecho, el de los arts. 159 y ss. del Cód. proc. adm. (República de Colombia, 2021b), y que es distinto del de los arts. 297 y ss. del mismo Código —el ejecutivo— (República

41 Desde antiguo albergo la intuición, todavía no desarrollada, según la cual las sentencias que confirman la legitimidad de un acto jurídico, o la validez de la norma resultante, son un ejemplo, pueden serlo, de aquellas disposiciones normativas que el profesor Hart describe como reglas secundarias de reconocimiento. Sobre este particular, sugiero la consulta *El concepto de derecho*, de Herbert Hart.

de Colombia, 2021b), justamente por esta distinción, y en la medida de su contenido litigioso, debe reconocérsele eficacia cognitiva, y, por contera, a sus sentencias, la virtud de declarar la certeza —positiva o negativa— acerca de las razones aducidas por las partes con ocasión de la pretensión y de la resistencia, o de la pretensión resistida.

- d. Pretensión y resistencia, quien pretende y quien resiste: estas disyunciones revelan el *quid* de los malentendidos procesales de la nulidad y el restablecimiento del derecho. En la definición de la litis como un conflicto de intereses en el que uno de los interesados pretende mientras que el otro se resiste, está latente el prejuicio según el cual es el primero, el pretensor, el encargado, sin falta, de llevarle al proceso el litigio (el demandante), en tanto que el segundo, el resistente, no tanto le lleva algo cuanto es llevado, como arrastrado, a él (el demandado). Sobre esta idea, con frecuencia exacta para los procesos de los que se ocupa la jurisdicción ordinaria, debe operarse una rectificación basada en la experiencia de la nulidad y el restablecimiento del derecho, y, todavía más, en la del litigio que yo he llamado administrativo (*vid. núm. 121, supra*), tal que:
 - i. A este respecto haría bien en memorar el lector el contenido del número 46 (*supra*), en el que está enfatizada, en cuanto hace a la conformación autónoma del Derecho, la superioridad de la Administración pública, puntualmente de sus órganos, en relación con los particulares que ejercen la administración privada (*vid. núm. 38, supra*). Es esa supremacía normativa la que justifica la existencia de la autonomía inmediata de tipo unilateral, de manera que cuando entre la Administración pública y un súbdito, o un grupo de estos, se produce el conflicto de intereses, o, lo que es más significativo, el litigio, a la primera, por mérito del poder (*vid. núm. 1, supra*) que algunos llaman exorbitante, le basta con imponerle el suyo (el interés, se comprende) a los demás, sin que tenga que esperar, como cuando el conflicto o la litis dividen a los que son pares, a que se pacte un contrato o a que sobrevenga una sentencia judicial.
 - ii. Todo lo cual, usando de un giro más eficaz, se traduce en que si a un administrado, cuando litiga, no le cabe imponer su interés en el conflicto más que a condición de que el conflicto (litigioso) de intereses le sea compuesto favorablemente, a la Administración

pública, sin necesidad de la composición, le basta con la imposición que le permite la exorbitancia de su poder. Es esta posibilidad de los órganos estatales de fabricarse su propia certeza⁴², de conseguirse autónomamente el triunfo de su interés, y con él el de su pretensión, la que le determina al individuo que la resiste la necesidad de, por una parte, instar el anulamiento de la norma autónoma, administrativa, o sea la depuración, y, por la otra, la emisión de una norma de reemplazo, complementaria (*vid.* núm. 129, *supra*), hecha a la medida de la litis, o sea la confirmación. A esta peculiaridad normativa se debe, si de la situación de las partes en el proceso pudiera lograrse una instantánea, que, ocupando el lugar del demandante, se viera, en vez de al pretensor —el Estado administrador—, al resistente, o sea al súbdito, y en el puesto de este —el de demandado— a aquel Estado.

- iii. Por eso, ya que el administrado resiste más que pretender, esto es, busca menos el triunfo de su interés que el impedimento del triunfo del ajeno, de la declaración de certeza que persigue con el proceso (*vid.* lit. c del núm. 130, *supra*)⁴³ se diría que es negativa, en oposición a la positiva que, sin mediar una decisión judicial, por sí propia, la Administración estatal puede procurarse. La fórmula de la rectificación de cuya urgencia advertí en el literal d del número 130 (*supra*), y arriscando su estimación por alguno como una extravagancia, cuando no como una herejía, debe parecerse a esta: al litigio se lo encuentra en la resistencia de la pretensión lo mismo que en la pretensión de la resistencia.

42 Y así como el *saber*, a la Administración pública también le es dado proveerse el *tener*. ¿Qué, si no una tendencia a la tal provisión, es el trámite que se conoce como *jurisdicción coactiva*?

43 Será suficiente, para percatarse de la sustancia litigiosa del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, con observar aquellos en los que se discute la determinación por la Administración pública, al súbdito, al contribuyente, del monto de la obligación tributaria que le atribuye. Si el bien sobre el que coinciden los intereses repulsivos de la una y del otro es el dinero de este, difícil será dudar de la presencia de la litis en el proceso por el cual el demandante le demande a un juez el anulamiento del acto administrativo de fijación del tributo y, continuadamente, la orden de restitución del dinero pagado.

- e. Al cabo de la rectificación, cuando con la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho se logra que el proceso culmine con una sentencia estimatoria, la estimación conlleva la depuración de la norma administrativa, o del acto que la precede, por las anomalías listadas en el segundo inciso del art. 137 del Cód. proc. adm., a lo que se le dice *nulidad* (y para cuya más completa inteligencia remito al lector al ordinal III de este trabajo, que comprende los números 99 a 114, *supra*), y, seguidamente, la confirmación de la norma que sirva a componer el litigio, si es que en el proceso se aprecia un contenido tal, o la de la que corresponda a la superación de la contrariedad de razones sobre la tutela del mismo interés, a lo que se le dice *restablecimiento del derecho*.
- f. Ultimadamente, si el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho es un medio específico de conformación del ordenamiento jurídico, su calificación —la de la conformación— como judicial o administrativa, no en atención al órgano que la dispone, sino a la función actuada con su disposición, dependerá de la injerencia, en el proceso mismo, de una litis, quiero decir, de un conflicto de intereses con los rasgos anotados en la fórmula conclusiva del número iii del literal d del número 130 (*supra*). Si, a pesar de existir el proceso, no existe en él el litigio⁴⁴, el medio de la conformación será judicial, pero su función, sobre todo por lo que hace a la confirmación, no podrá menos que ser administrativa, con lo que se adviera la trashumancia medial de la administración, prenunciada en el número 40 (*supra*), y de lo que quedan implicancias semejantes a las del proceso penal, de acuerdo con lo explicado en el número 33 (*supra*).

44 Los procesos de nulidad y restablecimiento del derecho que versan sobre asuntos de marcas —sobre la concesión o la denegación por la Administración pública al particular, que se lo pide, del registro— son, con frecuencia, ejemplos del proceso sin litigio, aun cuando los pareceres de las partes enfrentadas sobre la tutela del mismo interés sean divergentes. Desde luego, el interés en cuestión no es el de apropiarse la Administración de la marca que le presenta el administrado, sino uno distinto, protegido mediante la aceptación o el rechazo de su inscripción.

Un puente

El paso del primer al segundo libro, aun cuando pudiere hacerle sentir a alguno que transita como entre dos países distintos, solo puede consistir, en rigor, sin salir del mismo, en un cambio de región. En efecto, si hasta aquí el lector pudo conocer, despuntando sobre el *acto administrativo*, aquellos aspectos de la *conformación* del Derecho que tocan con la *integración*, en especial con la *modal*, y con la *depuración*, ya *modal*, ya *sustantiva*, en lo sucesivo, si fuese su deseo prolongar la excursión por el país de la *conformación* jurídica, terminará por vérselas con su aspecto *confirmador* en la forma de la *responsabilidad civil extra-contractual*. Será el propio lector, en cuanto se decida a cruzar el puente, quien tendrá que experimentar por sí mismo la naturaleza de la región que lo aguarda para que, a la sazón, si quiere, juzgue sobre el mérito de la cartografía que yo le ofrezco.

Libro segundo

Ensayo de una ciencia general de la responsabilidad civil extra-contractual en el derecho positivo colombiano

Primera parte

Retrospección de la responsabilidad civil extra-contractual

1. El fin de la primera parte de este trabajo es averiguar lo que hay antes de que (si lo hay) haya eso a lo que, menos por la fuerza de la reflexión que por la de la imitación, los abogados designan con el nombre de *responsabilidad civil extra-contractual*.
2. En este sentido, la indagación retrospectiva de la responsabilidad da tanto como preguntarse por la causa de esta. Ciertamente es que si una causa se reconoce porque es lo que está antes de algo, para que sea tal será preciso que tenga, además de esa posición en el orden de las cosas, una fecunda virtud práctica, que consiste en el propiciamiento del algo que vendrá después.
3. Por el momento, lo único que puede sentarse de la responsabilidad civil extra-contractual es que ella, entre varios, es un aspecto del Derecho positivo colombiano que, a su turno, da el aspecto jurídico de un sector más comprensivo de la realidad a la que bien puede serle dado el nombre de realidad colombiana.
4. Un esfuerzo abstractivo de la realidad, a quien esté dispuesto a intentarlo, puede presentarle la arbitraria conclusión de que la realidad más inmediata, o sea la más sensible, está constituida por cosas y por hechos, en suma, por objetos que producen en quien los observa, según el modo de la observación, ya la sensación de la quietud, ya la de la inquietud.
5. Aunque, en comparación con los objetos que he dicho, tienden a ocupar un lugar inferior en la escala de la sensibilidad, mal podría negarse que a la realidad también le pertenecen unos canales, a veces ignotos, que

median entre las cosas y los hechos diversos, y por los que les fluye un tanto de identidad que los trueca en una sola cosa o en un solo hecho.

6. Así, al lado de los objetos o, quizás mejor, entre estos, se cuentan las relaciones. Por eso, si en lo general la realidad se compone de aquellos elementos, lo mismo ocurre a propósito de lo particular, es decir, de lo menos general: el Derecho positivo colombiano, y aquel sector que lo constituye, llamado responsabilidad civil extra-contractual, son aspectos de la realidad colombiana en los que, como en esta, conviven las cosas, los hechos y las relaciones.
7. Con arreglo a esta premisa, el estudio retrospectivo de la responsabilidad, lo mismo que los estudios sucesivos (el retrospectivo y el prospectivo), se dividirán en el de sus cosas, sus relaciones y sus hechos.

Primera sección

La retrospectiva de las cosas

8. La observación atenta de la realidad le descubre al observante una abrumadora cantidad de entes, cuáles más semejantes, cuáles más diversos que él. Una simplificación máxima de esa balumba existencial, con miras a su comprensión, sugiere distinguir entre seres humanos y cosas. Las palabras usadas para indicar los términos de la distinción no son, sin embargo, completamente confiables puesto que sugieren que los seres humanos no son, o no pueden ser, cosas.
9. Si se ha de ensayar una ciencia de la responsabilidad civil extra-contractual, esa sugerencia prejuiciosa debe ser combatida resueltamente, ya que la consideración del hombre en su aspecto corporal se resuelve, con justicia, en su cualidad de cosa (en su *coseidad*, si se me consiente el uso de ese sustantivo), en tanto y en cuanto él, con los demás entes no humanos, comparte una insuperable naturaleza parcial; esto es, también cada hombre, de la realidad, no es más que una parte y en cuanto es la parte que es y no otra, se llama, o puede ser llamado, una cosa (Carnelutti, 2005).
10. Del hombre su naturaleza parcial es presupuesto de necesidad (de su necesidad). Si se es cosa porque se es parte, y si se es parte porque no se es todo, entonces la *coseidad* y la parcialidad significan una dolorosa insuficiencia, que, cuando sentida, lo fuerzan a unirse y a reunirse con otra

parte, con otra cosa, que al completarlo un poco le alivia aquel dolor, es decir, le hace un bien (Carnelutti, 2003).

11. El ejemplo más socorrido de esto que he dicho es el del individuo que tiene hambre y que, para calmarla, ingiere el alimento que a ese fin se procuró. En cuanto sacia su apetito, y en cuanto esta saciedad se considera algo bueno, el pan que el hambriento ha consumido, por el efecto que determina, se llama *bien* (Carnelutti, 2003).
12. De acuerdo con esto, las cosas que hay antes de que haya eso que se denomina responsabilidad civil extra-contractual son el hombre (los hombres, los individuos de la especie humana, según la feliz fórmula del art. 74 del Código civil, Cód. civ.) y los bienes, las cosas (que en ocasiones, no en todas, son distintas del hombre) que hacen un bien porque satisfacen necesidades del hombre mismo.
13. Cuando el observador tiene ante sí, en el presente, en perspectiva, lo que por de pronto sea la responsabilidad civil extra-contractual, lo mismo que cuando pone sus ojos en lo que sigue después de ella, invariablemente percibirá lo que ahora: al hombre y a los bienes. Esto debe servir, pues, para que, si la tuviere, el lector abandone la idea de que el uno y los otros, el hombre y los bienes, son materia exclusiva de la retrospectiva aquí propuesta que, en verdad, es tan solo un artificio metodológico para hacer evidente lo que, por el paso del tiempo, —porque está en el ayer, o porque todavía no ha pasado, está en el mañana (en el caso de la proyección)— no puede ser visto, en el hoy, de una sola vez.

Segunda sección

La retrospectiva de las relaciones

14. Una indagación remota (en el latín, porque *relatio* viene de *re-fero*) del sentido de relación deja saber que ella termina por designar la acción de llevar y de volver a llevar.
15. Según esto, contrariamente a la significación aproximadamente mística o supersticiosa que se le atribuye, la relación es en su origen un hecho. Quizás, en vez de uno, son dos hechos: llevar y volver a llevar, que son como un ir y un volver; pero ¿qué es lo que se lleva?, ¿quién va y quién vuelve?, ¿a dónde se va y a dónde se vuelve?

16. La respuesta es la necesidad. El hombre, que necesita y, por lo tanto, lleva en sí la necesidad, va en pos de las cosas, de los bienes, con los cuales remediarla. Si son cosas los entes humanos y los no humanos, entonces aquellos y estos, en cuanto aligeraren sus carencias, en cuanto son o pueden ser bienes, representan los destinos relativos del individuo humano.
17. El hombre, pues, establece relaciones con los hombres o con otras cosas, y su índole (la de las relaciones) muy bien puede llamarse económica por el afán satisfactorio que las anima.
18. Por desgracia, el alcance de la satisfacción, con arreglo a la experiencia que de ella tiene el hombre, es limitado en el sentido en el que no hay casi ninguna necesidad que, por saciada, no provoque el nacimiento de una nueva necesidad por ser saciada, lo que, según la sutil comprobación de Carnelutti, se traduce en la casi infinitud de estas (de las necesidades) que contrasta con la finitud de las cosas (hombres y no hombres) idóneas para colmarlas (Carnelutti, 2003).
19. Bastante se entiende que la relación sea, enseguida del llevar, el tornar a llevar, lo que, dicho sea de paso, significa que al hombre se le va la vida yendo de la necesidad a las cosas, y por estas, de nueva cuenta, a la necesidad.
20. He dicho desgracia —otros, antes que yo, se han lamentado también— porque en ese contraste, aunado a un defecto de caridad, está la simiente del conflicto entre los hombres, a cuya composición ellos mismos proveen con la ayuda del Derecho, es decir, de una técnica de disciplina social que alienta, y en mayor medida desalienta, ciertas conductas, volviéndolas antecedentes de un acto sancionador de carácter coactivo.
21. Si la economía se manifiesta primero en las relaciones del hombre con los bienes (en los intereses, según la conocida postulación carneluttiana (Carnelutti, 2003)), y si, eventualmente, dos o más hombres quieren relacionarse con una cosa que no alcanza a mitigar más que la carencia de uno, lo que le es propicio al conflicto económico, o sea al desorden, entonces le incumbe al Derecho, estatuyendo en lo inmediato una relación entre aquellos, poner orden en la relación de estos con el bien.
22. Se advierte pronto que, próximas a las relaciones económicas, están las relaciones jurídicas y que, en veces, a la vista del conflicto (también económico) o de su inminencia, la una —la relación jurídica— funciona como medio para la conformación de la otra, esto es, para su composición.

23. Entonces, ¿cómo son y cuáles son las relaciones jurídicas que distinguen el *prius* de la responsabilidad civil extra-contractual?
24. La respuesta de estas preguntas huelga una meditación sobre el nombre de la materia que nos concierne o, para ser más exacto, sobre uno de sus complementos: lo extra-contractual de la responsabilidad civil.
25. Me atrevo a pensar, aun a riesgo de escandalizar a algún disertado en la historia del Derecho positivo colombiano, que la fórmula *responsabilidad civil extra-contractual* tiene un poco su fundamento en las disposiciones del Código civil colombiano, y en especial, en la del art. 1494 (República de Colombia, 2021a), según la cual las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones; ya de un hecho voluntario de la persona que se obliga, como en la aceptación de una herencia o legado y en todos los cuasicontratos; ya a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos; ya por disposición de la ley, como entre los padres y los hijos de familia.
26. De allí manan, se ha dicho, las fuentes de las obligaciones: el contrato, el cuasi-contrato, el delito, el cuasi-delito y la ley.
27. La inteligencia del origen de las obligaciones que se esconde en ese enunciado, según creo, fue superada por sucesivas precisiones científicas, la más acabada de las cuales se presenta en la distinción entre normas que dirigen directamente las conductas de los hombres y normas que a ciertos hombres los habilitan para formular normas del primer tipo. Las segundas, que son medios para la formación de las primeras, y por eso se llaman finales (o materiales o de conducta), mercedadamente pueden llamarse normas mediales (o formales, o de competencia).
28. El contenido suficiente de una norma final es siempre una obligación (o un deber), mientras que el de una norma medial será, sin excepción, un poder. De aquí que si en el plano deontológico primero es la obligación y luego es el poder, en el plano ontológico, en su estadio más primitivo, primero es este (el poder) y después aquella (la obligación): para que exista la obligación es preciso, antes, que alguien pueda hacerla existir.
29. Si esto es así, en sentido estricto son fuentes del Derecho las normas mediales y los actos que representan el ejercicio de los poderes que ellas confieren.
30. En el art. 1494 del Cód. civ. (República de Colombia, 2021a), en cambio, se amontonan, bajo el rótulo de fuentes, las referencias a los actos que desarrollan determinados poderes normativos (el contrato y el cuasi-

contrato —en particular la agencia oficiosa—, en los que se expresa una modalidad de poder que en Colombia es conocido como autonomía de la voluntad y, con menor frecuencia, autonomía privada) y a los que conllevan el incumplimiento de obligaciones o deberes (el delito y el cuasi-delito).

31. Lo anterior significa que la regla del art. 1494, al considerar indistintamente como fuentes de obligaciones lo mismo a los actos que convienen a su establecimiento (al de las obligaciones, o sea al de las normas finales) como a los que suponen su infracción, induce la confusión de lo imperativo con lo indebido y de lo lícito con lo ilícito.
32. Ciertamente no es lo mismo incurrir en un delito o en cuasi-delito, quedando el infractor obligado a indemnizar a su víctima, que contraer dos partes obligaciones recíprocas habida cuenta del contrato que celebraron. En el primer caso, nadie dotado de sensatez diría que el delincuente ha legislado creando la obligación reparadora de la que él es su titular: aquella, más bien, preexiste en una norma de rango legal como consecuencia de su delito, esto es, del incumplimiento de una obligación, asimismo preexistente. En el segundo, en cambio, los contratantes, no teniendo el deber de hacerlo, facultados como están por una norma legal para convenir contratos, decidieron darse, para el gobierno de sus intereses interferentes, sus propias obligaciones.
33. Ahora bien: si, como la ley o, mejor todavía, el proceso legislativo (la legislación), el contrato (el proceso contractual, el acto de ajustarlo) puede revertir en obligaciones (en normas finales, según la fraseología que utilicé arriba), también como aquellas (y, en general, como cualesquiera obligaciones resultantes de ídem fuentes), estas pueden ser, y en efecto son, infringidas y, por contera, sobre el infractor debe advenir una reacción normativa jurídica.
34. Sentado lo antecedente, que es cierto, alguien podría experimentar la tentación de postular, no sin cierta amenaza de la verdad, que lo extra-contractual de la responsabilidad viene impuesto por el incumplimiento de obligaciones (o de deberes) que no existen previamente en forma de normas contractuales, esto es, aparecidas por un hecho operativo (o imperativo) diverso del contrato.
35. Aun cuando esa especie del poder que es la autonomía privada, de acuerdo con la experiencia más cotidiana, es ejercido mediante actos

predominantemente contractuales, no es aconsejable perder de vista que otros actos, distintos de aquellos, se proporcionan con semejante eficacia al ejercicio de esa potencia normativa. Basta con pensar, entre tantos otros, en el testamento, en el fideicomiso civil o en la constitución voluntaria, unilateral, de una servidumbre. En estos casos podría discutirse, al menos, que la reacción normativa vinculada al incumplimiento de las obligaciones resultantes quedara comprendida dentro del ámbito de eso a lo que se designa responsabilidad civil extra-contractual.

36. Como sea, lo que ha de quedar claro es que el poder normativo del que disponen los particulares se presta a ser actuado, además de por el contrato, por otro tipo de actos que, en razón de su *vis* normativa, han sido reunidos en la categoría del negocio jurídico, misma que, a su vez, está incluida en la más comprensiva del acto jurídico, la que contiene en sí todos los hechos humanos destacados directa o indirectamente por el Derecho.
37. Análoga a la tentación a la que aludí en el número 34 (*supra*) sería la de quien creyera dar con la medida extra-contractual de la responsabilidad en la forma exclusivamente legal de las obligaciones (o de los deberes) subvertidas. Hay quien sostiene que el carácter patrimonial (siendo tal —lo patrimonial— su estimabilidad en dinero, si he comprendido bien la exposición de esa tesis) de la obligación (o del deber) incumplida, al margen de su formación autónoma (mediante un negocio jurídico) o legal, es lo que le da carácter contractual a la responsabilidad. De aquí que el padre que, debiéndolo hacer por mandato de la ley, omitiere alimentar a su hijo menor, fuere pasible de responsabilidad civil contractual (cualquiera sea su significación) en vez de responsabilidad civil extra-contractual, como parece más obvio.
38. Estas ásperas desavenencias fronterizas entre la responsabilidad civil contractual y la extra-contractual, tan desconcertantes como han sido para los abogados, podrían atenuarse un tanto mediante el recurso a la distinción entre la originaria producción soberana (heterónoma) o autónoma de las normas que contienen las obligaciones (o los deberes) de cuyo incumplimiento se trata.
39. Una observación atenta de las técnicas de producción de las normas finales del Derecho positivo colombiano revelará que, en no pocas ocasiones, ellas son elaboradas por individuos a quienes les es confiado el desarrollo de una

función estatal (una asamblea constituyente, el Congreso de la República, las autoridades administrativas de los varios niveles administrativos en que se descompone esa función y, en una proporción harto inferior, los jueces de la República). En otras ocasiones —las más abundantes, acaso—, esas normas provienen de hombres a los que les faltan las funciones que tengo dichas.

40. El poder de los primeros —el de los funcionarios—, que es obrado mediante proveimientos, es percibido como un medio para el provecho (para la tutela del interés) de todos, o de muchos hombres en general, y de ninguno en especial; esa condición colectiva, cuando no altruista, del poder en cuestión es enfatizada mediante su caracterización de poder soberano, heterónomo o *super partes*, en donde el *partes* califica no tanto al agente del poder, cuanto a quienes tienen que padecerlo, esto es, a sus pacientes, mientras que el *super* exalta la supremacía del primero con respecto a los segundos, lo que, en oposición a estos, que son los interesados, lo tornan en un funcionario individualmente desinteresado.
41. El poder de los segundos —el de los particulares— se actualiza con negocios jurídicos (de los que ya tuve oportunidad de hablar someramente) y opone a la colectividad o al altruismo de los primeros una conveniente inclinación individual o egoísta, favoreciendo su presentación como idoneidad jurídica de quien, en lugar de estar por sobre los demás, está a la misma altura de estos, es decir, *inter partes*, lo que es tanto como indicar que las partes, los individuos interesados, pueden mandarse entre sí.
42. Esta diversidad de estirpes normativas, por razones que son ideológicas en vez de lógicas, parece determinar la aparente diversidad de las reacciones que a las infracciones de los mandatos de una y otra procedencia el mismo Derecho asocia en las formas de lo que —tal vez no con una cabal conciencia de sus alcances— los abogados colombianos denominan, por un lado, *responsabilidad civil extra-contractual* y, por otro lado, *responsabilidad civil contractual*.
43. Por esto, si el adjetivo civil remite a la idea de los intereses del hombre (del ciudadano podría decirse) considerados en sí y, en especial, en cuanto interfieren con los de los demás, la diferencia tendrá que encontrarse ya en el régimen heterónomo, —el que les viene impuesto a los hombres cuyos intereses se interfieren por una autoridad relativamente superior y, por contera, ajena a ellos—, ya en el régimen autónomo —el que aquellos hombres se han impuesto a sí propios—.

44. Sin importar la génesis a la que me acabo de referir, las normas jurídicas (las finales y las mediales), estatuyen relaciones (jurídicas, desde luego) en cuanto inducen a los hombres, con referencia inmediata o mediata a determinados bienes, a realizar conductas que los respectan. Tales conductas, según sean aptas en lo inmediato para llevarle un bien a otro o, si ya lo tiene, para no arrebatárselo, se dividen en activas (conductas de hacer) y en omisivas (conductas de no hacer).
45. El devenir normativo colombiano (e ignoro si de esto los abogados se han siquiera extrañado) alienta una fecunda intuición con arreglo a la cual, mientras más heterónoma sea la concepción de la norma, esto es, mientras más distanciado esté su autor de los sujetos de los intereses gobernados, más probable será que el sentido de la relación consista en una abstención, como más probable será lo inverso —que el sentido de la relación sea el de la comisión— mientras exista una menor distancia entre los agentes y los pacientes de la norma, esto es, mientras más autónoma sea su fuente.
46. Lo fecundo de la intuición se halla en la posibilidad que entraña de poner al descubierto algunos oscuros mecanismos del método legislativo de ayer y de hoy, principalmente cuando se cae en la cuenta de que a la muchedumbre se le da mejor la abstención del mal que la promoción del bien, y, por consiguiente, en punto de las superposiciones que se ocurren entre el Derecho y la ética, la sensibilidad de aquel al influjo de la moral se acrecienta en la misma proporción en que, por la pendiente de la jerarquía normativa, se desciende, desde el mandato más soberano hasta el que lo es menos, terminando por ejemplo, en la obligación natural, en la que se aprecia un *maximum* de ética y un *minimum* de Derecho.
47. Por fin puede sentarse una respuesta a las preguntas del número 23 (*supra*): antes de que aparezca la reacción normativa que se ha dado en llamar "responsabilidad civil extra-contractual", hay normas finales, heterónomas, de rango legal, que se identifican con las que se extraen de los arts. 2341 a 2360 del Cód. civ (República de Colombia, 2021a), y que les imponen a los ciudadanos la obligación de no hacerles el mal a sus semejantes bajo ciertas condiciones, que, por la injerencia de la jurisprudencia y de la doctrina francesas, han venido a llamarse en Colombia *hecho propio*, *hecho ajeno*, *actividades peligrosas* y *responsabilidad objetiva*.
48. En vez de una, son varias las relaciones que anteceden a la responsabilidad civil extra-contractual y, por lo pronto, tienen el aspecto de la obligación.

Ahora: puesto que, en principio, son muchos los sujetos eventualmente comprendidos dentro del supuesto de la obligación, valga decir, como son tantos los obligados, su determinación, a la manera como se determinan los que lo son por un negocio jurídico, resulta bastante trabajosa. Cualquier hombre que reúna los requisitos para el efecto referidos en la legislación civil puede tenerse por titular de la obligación de no dañar.

49. Con todo, si, en lo normal, a la obligación del uno le conviene el derecho del otro, es probable que la extensión del aspecto pasivo de la relación, sub especie del incremento multitudinario del número de los obligados, comporte, concomitantemente, la restricción del aspecto activo, lo que, en su grado máximo de expresión, provoca el trocamiento del nombre *obligación* por el de *deber*, en el cual deber algunos entendidos de estos asuntos anticipan la exclusión de toda relación, lo que, a la sazón, les es útil para contraponer la responsabilidad civil extra-contractual (la que no surge de una relación anterior, se dice) a la contractual (que, según aquellos, sí que la supone).
50. Lo cierto es que el deber también es una relación o, más bien, la implica. Si no me engaño, la impresión contraria es causada por lo que está insinuado arriba (*vid. núm. 49, supra*): la dificultad de identificar su término correlativo, o sea, a quien poniéndose como en frente de quienes están comprometidos por el deber tiene el derecho correspondiente.
51. La equivocación se corrige con facilidad cuando se comprende que el derecho (el subjetivo, valga la acotación), si fuere algo más que el reflejo de la obligación que le corresponde, es la facultad que, a uno o a varios hombres, una norma jurídica les confiere para instar la aplicación de aquella cuyo contenido es la obligación desobedecida⁴⁵. Parece claro que en la misma medida en que del acatamiento de la norma depende el bien, no ya de alguno o de algunos, sino de muchos o de todos (justamente lo que acontece con el deber), la voluntad de los particulares deja ser eficaz para instar su aplicación puesto que ella es reservada a la de ciertos individuos que realizan funciones del Estado como en Colombia, los miembros de la Fiscalía General de la Nación.

45 *Desobedecer*, en este caso y en los demás de este trabajo, vale como sinónimo de *incumplir*, pese a que, según Carnelutti "[c]orre entre desobediencia e incumplimiento la misma relación que entre la semilla y el fruto o entre el bacilo y la enfermedad" (Carnelutti, 1971)

52. Usando de otras palabras, se diría que en Colombia, tal vez por motivaciones económicas, se percibe latente una estrecha conexión entre la sensibilidad del individuo a los efectos de la desobediencia de la norma y la importancia de su voluntad para urgir la aplicación de la consecuencia prevista. El índice de esa conexión es el siguiente: a mayor proximidad de un hombre con el bien directamente afectado por el incumplimiento de la obligación, mayor será la repercusión de su instancia para la imposición de la sanción⁴⁶.
53. Sin embargo de lo precedente, quizás por las mismas razones económicas a las que me referí hace poco, se observa en Colombia una loable, aunque —andando el tiempo— pervertida tendencia, a sustraer de la esfera del Estado (de sus órganos) la provocación de las sanciones dispuestas como reacción a la infracción de algunas normas finales que tutelan cierta categoría de bienes⁴⁷, entre los que se cuentan el “medio ambiente”, la “salud pública”, el “patrimonio público”, etc., que no le pertenecen a ningún individuo en especial, para que ellas sean provocadas por todos o algunos miembros del grupo más expuesto a sufrir el daño o la amenaza de los bienes en cuestión. Esta circunstancia ha dado lugar a la aparición de una nueva especie de derecho subjetivo al que, a la vista de su carácter popular, le ha sido dado el nombre de derecho subjetivo público, reflejo,

46 Aunque en casi cualquier infracción penal se percibe en lo inmediato el daño de un bien específico, de un interés particular, lo cierto es que este solo es considerado en cuanto es el presupuesto del daño de un interés más general, al cual se vincula, en definitiva, la sanción penal. La acción ilícita será pues idéntica, pero la diversidad de los bienes perjudicados condiciona, asimismo, reacciones diversas: la civil y la penal, cuyas instancias, en atención a la particularidad o a la generalidad de los intereses lesionados, se confía, en el primer caso, a la propia víctima (uno o varios hombres determinados) y, en el segundo, a un órgano, a un representante del Estado, en la creencia de que la víctima son muchos o todos los hombres que conforman el grupo social. Algo de esto está intuido en el art. 2341 del Cód. civ. (República de Colombia, 2021a), tal que: “El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido”. La principalidad de la pena está constituida, tal vez, por su cariz penal, esto es, por ser reacción, antes que al estropicio de un interés particular, al de uno que se estima colectivo.

47 En realidad lo tutelado no son los bienes, sino los intereses que con ellos se conforman. La relación del art. 4 de la Ley 472 del 1998 no es, pues, de bienes, sino de intereses que, incluso, aunque distintos en algunos casos, pueden referirse a los mismos bienes (*vid. núm. 113, infra*).

cómo no, de un imperativo que se sitúa entre los imprecisos lindes de la obligación y del deber⁴⁸, y cuya expresión legislativa se encuentra en la Ley 472 del 1998 (L. 472/98).

54. Pues bien: cuando se renuncia a la idea de que, junto con el deber de no dañar bajo ciertas condiciones, hay un derecho a no ser dañado, lo que importa entender que —si lo hay— el derecho correlativo no es otra cosa que la posibilidad reconocida a la víctima de pedir, de quien tiene poder para hacerlo, la aplicación de la norma, la imposición de la sanción al infractor del deber, entonces la realidad de la relación, antes oculta, se muestra cuan plena es.
55. Pero si en otra parte mencioné que el paradigma de la relación que anticipa la responsabilidad civil extra-contractual es el deber (y, eventualmente, el derecho subjetivo correlativo) y que tal deber lo es de no dañar bienes, o mejor intereses, o sea, de no alterar en precisas circunstancias la relación de uno o varios hombres con las cosas que les satisfacen necesidades, entonces de ello será forzoso concluir la existencia de otra relación, contemporánea, acaso interdependiente de la primera, pero con sus propios y concretos rasgos: aludo al privilegio.
56. Si se da por bueno que, para que alguien saque provecho de su hacienda, es requisito que los otros no se la dañen (o no se lo impidan dañándosela), antes de esto, y con igual grado de importancia, será necesario que ese alguien obtenga, o pueda obtener, el aprovechamiento que le concierne. Nótese que, según esto, si por el deber de no dañar se insta a los demás a no estorbar el contacto de un hombre con sus cosas, por el privilegio se favorece, de aquel con estas, ese mismo contacto, lo que, expresado de otro modo, se resuelve en el deber de no hacer para que el otro sea libre de hacer.
57. De esta guisa, muy hábilmente, el Derecho, a la vez que reconoce la libertad de cada quien de gozar de sus propios bienes, restringe la interferencia en el goce de los ajenos⁴⁹. Por eso, si estoy en lo correcto,

48 La imprecisión no es tal que, después de todo, no se pueda pensar que aunque no toda obligación es un deber, no hay deber que no comporte una obligación.

49 De lo cual siempre me ha parecido una imagen muy viva la circulación de los vehículos por las vías de una ciudad. Quien va al volante suele alternar los períodos en los que es libre de rodar su máquina —los demás, por su parte, tienen a su cargo no impedirselo— con aquellos en los que, para que los otros muevan las suyas, aquel debe aquietar la propia.

en la raíz de los actos que históricamente se han tenido por causantes de la responsabilidad civil extra-contractual se encuentra la alteración anómala de la coordinación pergeñada por el ordenamiento jurídico entre el privilegio y el deber; cuando alguien hace más de lo que puede deja de hacer menos de lo que debe⁵⁰: este exceso de libertad propia a expensas de la ajena revierte en un defecto de obediencia al deber de abstención que, en atención a como se manifiesta, se califica de *hecho propio*, *hecho ajeno*, *actividades peligrosas* y *responsabilidad objetiva*, sobre los cuales reflexionaré en la sección siguiente próxima.

Tercera sección

La retrospectiva de los hechos

58. Para que haya responsabilidad civil extra-contractual debe ocurrir un "hecho propio" (*vid.* núms. 62 y ss., *infra*), un "hecho ajeno" (*vid.* núms. 75 y ss., *infra*), una "actividad peligrosa" (*vid.* núms. 95 y ss., *infra*) — concédaseme la licencia de usar una impropiedad— una "responsabilidad objetiva" (*vid.* núms 97 y ss. *infra*).
59. Con independencia de su denominación, en todos casos se trata de comportamientos humanos indebidos o ilícitos, lo que significa que son contrarios, y por ende diversos, de los comportamientos que evitan el nacimiento de la sanción.
60. Por lo tanto, aunque no son una indicación fiable de las características de la porción de realidad que califican, los nombres antedichos son un intento

50 Debo admitir que, no por antigua, estoy más enterado de la doctrina del abuso del derecho. En realidad de lo que por ella se postula muy poco sé. Sin embargo, tengo la sensación de que uno de sus atributos—y no el menos importante— es la identificación del derecho subjetivo con lo que aquí he designado privilegio, de donde resulta que, según esa doctrina, el tal abuso no es generalmente el presupuesto de la reacción jurídica en forma de responsabilidad civil extra-contractual, sino una de las especies de un género de actos (el *hecho propio*) que alientan esa reacción. Dicho de otro modo: si, con arreglo a mi discurso, lo habitual es que la responsabilidad civil extra-contractual sea generada por un *abuso del derecho*, con arreglo a esa tesis el tal abuso no es más que uno entre varios tipos de hechos humanos que causan aquella responsabilidad.

de destacar el modo de ser de las conductas que suscitan la reacción del Derecho en la forma de la responsabilidad civil extra-contractual.

61. Ya que el valor descriptivo de los nombres susodichos es precario, más que a estos, para conocer mejor el talante de los hechos que demandan nuestra atención, es justo atender a los enunciados de los cuales se infieren los deberes de los cuales aquellos hechos constituyen su incumplimiento.
62. Al hecho propio le compete la fórmula del art. 2341 del Cód. civ. (República de Colombia, 2021a), según el cual “[e]l que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley le imponga por la culpa o el delito cometido”.
63. Esta disposición, que debe integrarse con la del art. 2346 (República de Colombia, 2021a), importa que los hombres mayores de doce años tienen el deber de abstenerse de dañar a otros con culpa o con dolo. Se ve, pues, —por si alguna duda hubiera— que la culpa y el dolo (cualquiera sea su significado) son algo distinto del daño; de otra manera la regla diría algo como lo siguiente: “El que ha inferido daño a otro, y por lo tanto ha cometido un delito o culpa [...]”.
64. Qué sean la culpa y el dolo es un problema superficialmente resuelto (sobre todo con respecto a la culpa) por el art. 63 del Cód. civ. (República de Colombia, 2021a), que, por su vocación definitoria, debe integrarse, también, con el art. 2341 (República de Colombia, 2021a) que dije antes.
65. Por el último inciso del art. 63 (República de Colombia, 2021a) se sabe que el dolo “consiste en la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro” Esto es, el propósito que un hombre alberga de dañar el cuerpo, u otros bienes, de otro hombre.
66. Más problemática, en cambio, es la definición de la culpa. El legislador del Código civil, a partir de la abstracción de las cualidades morales de sendas categorías de hombres, estableció al punto sendos modelos de conducta con los cuales, quien haya de aplicar una norma final como la del Art. 2341 del Cód. civ. (Colombia C. d., Código civil, 2021), debe comparar la conducta de quien se supone causante de un daño para saber si ella es o no culpable.
67. De todo esto resulta que la culpa, según que, en general, del culpable sea exigible un comportamiento mínimamente cuidadoso, medianamente cuidadoso o máximamente cuidadoso, será grave, leve o levisima.

68. Como en el tenor del precepto del hecho propio —y en ninguno de los preceptos sucesivos, o sea los de los arts. 2342 a 2360— cuando ella es requerida (República de Colombia, 2021a) menciona la gradación de la culpa, salvo opinión más autorizada, se da por cierto⁵¹ que aquella es la leve, o sea, la que le atañe al “buen padre de familia”.
69. ¿Qué es lo invocado, entonces, cuando se invoca el hecho propio? Puede decirse, a partir de la reconstrucción normativa precedente, que es el deber que tienen algunos de conducirse con el cuidado que en sus negocios propios, de ordinario, emplea cierta categoría de hombres para evitar el daño de los bienes ajenos (el interés ajeno).
70. Consecuentemente, el hecho ilícito correspondiente al hecho propio será el de dañar un hombre el interés ajeno con la intención de dañarlo, o por no conducirse con el cuidado que ordinariamente observan los hombres en sus negocios.
71. Lo dicho en el número 69 (*supra*) es aproximadamente lo mismo que los abogados colombianos presentan como requisitos inveterados de la responsabilidad por el hecho propio, a saber: el hecho generador ilícito, el daño y la relación de causalidad entre lo primero y lo segundo.
72. Esa presentación, sin embargo, es equivocada en tanto en cuanto se basa en la convicción engañosa de que el hecho ilícito, el que suscita la sanción del Derecho, es algo distinto del daño que produce; que la ilicitud del hecho es lo mismo que su indole dolosa o culpable; y que, por otra parte, la causalidad, que es aducida como el enlace del uno con el otro, está por fuera y no dentro del hecho mismo.
73. La equivocación no es invencible a condición de que se admita lo siguiente:
 - a. El hecho es un artificio de la inteligencia humana (Carnelutti, 2006b).
 - b. La realidad —dentro de la cual, junto con los demás entes, está entrañado— el hombre quisiera conocerla toda. Si aquella —la realidad— es un todo, una totalidad, el hombre, que es una parte, solo puede comprenderla a trozos. El resultado de esa comprensión, el trozo de realidad que aquel separa con la inteligencia, se dice objeto (*ob-jacet*, algo que yace delante (Carnelutti, 2006a). A quien tiene ante sí el objeto (el hombre, de quien, en estos casos, se diría mejor

51 Esa confianza está fundada en el tercer inciso del art. 63 del Código civil, que dice que “[c]ulpa o descuido, sin otra calificación, significa culpa o descuido leve”.

sujeto—de *sub jacet*, el que yace abajo—) le parece, a veces, que aquel está quieto, que no se mueve, y, a veces, le parece lo contrario, la inquietud, que el objeto se mueve.

- c. La inmovilidad que del objeto el sujeto percibe le hace nombrarlo cosa. La movilidad que del objeto el sujeto percibe le hace nombrarlo hecho (Carnelutti, 2006a).
- d. En resumidas cuentas, un hecho es un objeto moviente, o que determina la sensación del movimiento, en el sujeto que lo percibe.
- e. Pero si el hecho es un fragmento, nada se opone a que sobre él (sobre el fragmento) se efectúe una ulterior fragmentación, la cual se reconoce, o puede reconocerse, con el término *situación*. A este respecto es bien conocido el símil bergsonian, y carneluttiano también, del hecho con el filme y de la situación con el fotograma o, si se prefiere, con la fotografía (Carnelutti, 2006a).
- f. Gracias a su agregación consecutiva, la inercia de las instantáneas se transforma en la dinámica de la película cinematográfica; asimismo, por la desagregación de las situaciones del hecho se consigue un efecto inverso (el del cambio de la moción por la quietud) con miras a verle mejor (al hecho) su comienzo y su final.
- g. Si Pedro arrojó, contra una ventana de la casa de Juan, su vecino, una roca, la descomposición de ese hecho revelaría —como si de oportunas fotografías se tratara—, al principio, una piedra separándose de la mano de Pedro; después, en el intermedio, la piedra suspendida en el aire, por completo separada del cuerpo del agresor y, por último, la misma piedra envuelta entre los añicos del cristal de la ventana de Juan.
- h. ¿Son entonces el hecho y el daño dos datos distintos, o no habiendo más que un solo hecho, este se resuelve en el daño, es decir, en una situación terminal avenida a esa palabra?
- i. A la razón se le impone la certeza de que el daño es, de varias que lo integran, la situación final del hecho ilícito (Carnelutti, s. f.). Entre las situaciones inicial y final el mundo ha variado puesto que, si al principio no lo estaba, a la postre el vidrio aparece roto, lo que equivale a decir que la casa de Juan, de la cual el vidrio es una parte, ha dejado de ser la que era, tanto como la relación de su dueño con aquella.
- j. Resulta de esto que si el bien lo es solo para quien lo necesita, es decir, si su valor de tal es relativo, el daño suyo será ineluctablemente el de la

relación a la que pertenece, o sea el de un interés (en cuanto, lo repito, él significa la relación de un hombre con un bien). En síntesis, el daño deviene, por mor, y en contraste con las precedentes, en la situación de un hecho en la que el cambio de la realidad es la degradación de un interés.

- k. No será muy trabajoso dar en la cuenta de que si una de las situaciones es inicial por referencia a otra, que es final y, a la inversa, esta es final por referencia a la inicial, algo debe correr entre las dos para que, sin la abstracción de su devenir, o sea recompuestas en el hecho, aparezcan como un solo objeto. Lo que corre entre ellas o, mejor, lo que las recorre y las aglutina sucesivamente (como los diversos fotogramas que, merced del cinematógrafo, reviven en el filme), infundiéndoles el movimiento, es la causalidad. Si el signo de las situaciones es la inercia, que es una resistencia, esta es vencida por obra de una fuerza, la causalidad, que las anima sucesivamente dentro de los límites del hecho (Carnelutti, 2003).
 - l. Ahora: cuando la fuerza en que la causalidad consiste es desatada o provocada por la injerencia de un ser humano, valga decir, por su voluntad, el hecho se hace acto. Con esto, desde luego, no pretendo liquidar una difícilísima cuestión psicológica sobre la que nunca se meditará lo suficiente, pero no juzgo un despropósito postular que dolo y culpa son vicisitudes volitivas, esto es, modos de ser de la voluntad de un hombre que, exteriorizados en el cuerpo del hombre al que la voluntad le pertenece —y, por este, eventualmente, en otras cosas— ameritan que el cambio de la realidad, en lugar de hecho, se llame acto⁵².
74. Todo lo cual significa que si la causalidad está dentro del hecho, el dolo y la culpa, que son inclinaciones de la voluntad, están primero dentro del hombre quien, así moviendo su cuerpo, y, por este, acaso otros cuerpos,

52 Me parece de lo más oportuno, así sea marginalmente, llamar la atención del lector sobre la fundamental unidad psicológica del dolo y la culpa. A diferencia de lo que se acostumbra creer, no son ellos como dos ramas distintas de un mismo tronco, sino que son ese tronco en dos momentos distintos de su desarrollo. Si ambas denotan una intención maligna, la culpa —que es la falta de inclinación al bien— representa, en relación con el dolo —que es la inclinación al mal—, un estadio inferior de su premeditación.

altera la forma del mundo desmedrando un bien y, por extensión, la relación de otro hombre con aquel (el interés). Esto es, con un considerable grado de abstracción, el análisis fáctico del "hecho propio" o, con otras palabras, del acto prohibido por el art. 2341 del Código civil (República de Colombia, 2021a).

75. Al hecho ajeno le atañen los arts. 2347, 2348 y 2349 del Cód. civ. (República de Colombia, 2021a).
76. En comparación con los otros dos preceptos, más específicos, el del 2347 (República de Colombia, 2021a) se distingue por su generalidad, tal que "...[t]oda persona es responsable, no solo de sus propias acciones para el efecto de indemnizar el daño, sino del hecho de aquellos que estuvieren a su cuidado". Así, los padres son responsables solidariamente del hecho de los hijos menores que habiten en la misma casa. Así, el tutor o curador es responsable de la conducta del pupilo que vive bajo su dependencia y cuidado. Así, los directores de colegios y escuelas responden del hecho de los discípulos mientras están bajo su cuidado, y los artesanos y empresarios, del hecho de sus aprendices o dependientes, en el mismo caso "Pero cesará la responsabilidad de tales personas, si con la autoridad y el cuidado que su respectiva calidad les confiere y prescribe, no hubieren podido impedir el hecho".
77. Si bien se mira, el deber que le subyace a ese enunciado normativo, que le incumbe a los hombres que tienen a su cuidado otros hombres, es el de que aquellos hagan lo posible por disuadir a estos de causar un daño.
78. Es por esto que el cuidador solo viene a desobedecer el mandato cuando, no a pesar de sus cuidados, si no por la falta de estos, su protegido hace un daño. Hay que observar que al primero, a quien la jurisprudencia y la doctrina colombianas se refieren como "civilmente responsable", no se le reprocha la simple producción del evento dañino, pues él no lo causó, sino esa producción en cuanto él no la evitó. Usando de un giro distinto se diría que si el daño consiste en un determinado cambio del mundo, se "responde" del "hecho ajeno" no por cambiar, sino por no impedir el cambio.
79. Sea como fuere, para impedir que otro altere la realidad es necesario poder impedirselo. Esa posibilidad, si mi juicio es recto, es normativa antes que fáctica.
80. Este parecer lo induce la lectura de los casos ejemplares que contiene la regla en mención. En efecto, por un mandato heterónimo legal, los padres relativamente al hijo menor, y el tutor o curador relativamente

al pupilo, son titulares de un poder normativo. De la misma forma, por un mandato autónomo, generalmente contractual, el director del colegio relativamente al discípulo, y el artesano y el empresario, relativamente al aprendiz y al dependiente, son investidos del mismo poder.

81. Que los unos frente a los otros sean investidos del poder antedicho, implica el circunstancial sometimiento de los segundos a las normas finales que, en su respecto, los primeros están posibilitados de aplicar y de crear.
82. Ser circunstancial el sometimiento de quien es cuidado (los eruditos de la responsabilidad dicen del *directamente responsable*) al cuidador (al *civilmente responsable*) se traduce en que la facultad de mando de este último es de aquellas que, a la sazón, está enderezada, en buena medida, a la conservación del primero en el entendido de que este, por motivos biológicos (como la inmadurez mental del menor, del pupilo o del escolar) o culturales (la inexperiencia o la impericia del aprendiz o del dependiente) no goza aún de una voluntad hábil para cuidar de sí, ni mucho menos, si no para cuidarlos, para abstenerse de dañar a los otros.
83. Por lo demás, cosa bien sabida es que el poder y la obligación (o deber) son categorías relativas que, frecuentemente, coinciden en un mismo sujeto. Es el caso de quien responde del hecho ajeno. Ciertamente, si se cuida de alguien, lo que —insisto— es igual a tener un poder en relación con otro, puede ocurrir que su detentor no se sienta estimulado a usarlo, como no sea por la inminencia de la reacción sancionadora que puede sobrevenirle si omite su ejercicio.
84. Esto es cierto incluso —y sobre todo— a propósito de los padres de familia, de quienes, en principio, se piensa que, por el afecto que naturalmente los une a sus hijos, no precisan de estímulos distintos para proveer a su tutela. Bien otra, sin embargo, tendrá que ser la experiencia del trato entre los unos y los otros desde que a aquellos, bajo la amenaza de la responsabilidad, haya que despertarles el ánimo vigilante de los suyos.
85. Se sigue de aquí que, en general, el hecho ajeno designa el deber de un sujeto de ejercer, para el bien de otro, que se le somete, un poder normativo encaminado a que no haga el mal. Por eso, si, a despecho de las espontáneas resistencias que los hombres oponen al mando externo, la actuación del poder es concebida como un bien para el subordinado, no debe extrañar a nadie que su no ejercicio, una suerte de des-interés, revierta en el atentado contra el interés ajeno.

86. Justamente sobre esta idea, cuando acontece el daño, se sostiene la presunción de culpa (en el sentido en el que abarca el dolo y la culpa propiamente dicha) del *civilmente responsable*. Presumirse la culpa no es lo mismo que presumir la omisión del acto ejecutivo del poder, sino que por ella —por la omisión— se desarrollan específicos modos de ser de la voluntad del autor del acto omisivo.
87. Como quiera que la culpa y el dolo están por dentro, no por fuera de quien actúa, puede decirse que ellos, que nacen en el hombre, van a parar al hecho, y, por eso, para conocerlos, hay que desandar su camino yendo, a través del hecho, hasta el hombre. Empero, es por la inmediata invisibilidad de esos atributos psíquicos que, muy a menudo, se les oye decir a los abogados que ciertas conductas son en sí mismas culpables, lo que apareja la indelicada asimilación del dato por ser conocido con el medio de su conocimiento⁵³.
88. Al fin, la presunción en comento es la eficacia de una norma jurídica que, junto con el poder para hacerlo, le impone al juez el deber de responsabilizar del daño causado por el *directamente responsable* —a menos que demuestre que no infringió el deber del *hecho propio*— al *civilmente responsable*.
89. Las reglas de los arts. 2348 y 2349 (República de Colombia, 2021a), que también caen en la órbita del hecho ajeno, ameritan, por ser más específicas que la del art. 2348 (República de Colombia, 2021a), en su orden, los siguientes comentarios.
90. El tenor del art. 2348 (República de Colombia, 2021a) es el que sigue: “Los padres serán siempre responsables del daño causado por las culpas o los delitos cometidos por sus hijos menores, y que conocidamente provengan de mala educación, o de hábitos viciosos que les han dejado adquirir”.
- a. A primera vista, la disposición de arriba podría pasar por una innecesaria reiteración de la del art. 2347 (República de Colombia, 2021a). Luego, cuando se mira más en el fondo, se ve que por ella, a quien está investido del poder al que la legislación civil se refiere como *patria potestad* (o sea la potestad, el dominio del padre sobre el hijo) le es impuesto un deber sensiblemente distinto del que resulta del precepto general (el del 2347, insisto).

53 Un ejemplo de lo que digo es el razonamiento de Javier Tamayo Jaramillo en su *Tratado*. (Jaramillo, 2007).

- b. Tengo que admitir que, muy a mi pesar, la diferencia, en mi caso, está más intuitiva que comprobada, por lo cual, si lo que voy a exponer no fuere una elucidación definitiva de la dificultad hermenéutica bajo examen, podría servir, lo menos, como un principio de su resolución.
- c. En verdad, en punto del deber que tienen los padres de ejercer el poder que les es propio, urge distinguir entre su simple ejercicio y su ejercicio adecuado, o sea, entre mandar y mandar de una precisa manera. Si todo indica que por el art. 2347 lo debido es la actuación del poder, de donde se sigue que lo reprobable es no actuarlo, por el art. 2348 lo que se debe, además de la actuación, es la actuación conforme de la patria potestad.
- d. ¿A qué se debe conformar el uso del poder? Ya que, para el hijo, la inercia de la potestad paterna es un mal, su actividad debe reportarle un bien. Es justo, pues, que al padre, o al que hace de tal, se le invoque como preceptor en cuanto su capacidad de mandar al hijo se decide en preceptos o, mejor aún, en su formulación. Si este —el precepto— es la mostración de lo que hay que hacer o de lo que no, es de suponer que su sentido—lo indicado— (supuesto que el padre quiere el bien del hijo, lo quiere bien) sea la acción del bien y la omisión del mal.
- e. Si se asumiera que, incluso mientras es considerado menor, un hombre puede discernir por sí mismo lo bueno de lo malo, quizás no se lo sujetaría al gobierno de otro hombre, como se sujeta al hijo al imperio de su padre. El problema está fundado en que el discernimiento no siempre es sencillo y por eso, para obrarlo, además de la de los años, es requisito la acumulación de cierta experiencia de la bondad y de la maldad en la vida propia y, también, en las impropias⁵⁴.
- f. Por esta vía llega a saberse, entonces, que para ser preceptor es indispensable *prae-captus* (captar antes) (Carnelutti, 2006b), de donde se deduce que, por la identidad de su raíz, *captus* se obtiene con el

54 A propósito de la *certeza*, palabra unida en lo más íntimo a *discernimiento*, voz decisiva para la comprensión del poder que caracteriza las relaciones presupuestas del hecho ajeno, repárese en la siguiente etimología: "Certeza, de *cernere*, recuerda, por su valor semántico, tanto el *scegliere* (elegir), como el *vedere* (ver). En el pasado, tratando de elaborar su concepto, yo puse el acento más que el elegir sobre el ver. Pero la verdad es que un cierto punto, es necesario elegir aun más allá del ver" (Carnelutti, 1971).

- concurso de *caput*, de la cabeza, que es el domicilio de la conciencia. Al hijo, que lo desconoce, es preciso que el padre lo ordene mediante los preceptos que él, previamente, ha captado de un orden experimentado dentro de los límites de la naturaleza, pero cuyo principio está situado allende aquellos límites, a donde solo llega la conciencia. Su expresión más sencilla, y a la vez más perfecta, es el mandato cristiano del amor.
- g. La conformidad por la que se preguntó antes es, entonces, a un orden moral presupuesto cuya intensidad, en los mandatos que el padre debe dictarle al hijo, tanto más se hace sentir cuanto mayor sea el amor paterno. Si, por consecuencia, es un defecto de amor el que impide el ejercicio conforme del poder bajo estudio —lo que ordinariamente desemboca en la mala educación y en los hábitos viciosos del hijo— resulta previsible que esa conformidad sea acicateada volviendo condición de una sanción su utilización disconforme patentizada en la lesión filial del interés del prójimo.
 - h. Es por esto que la credulidad no puede ser tanta que se convierta en impedimento para dar con la medida precisa del desarrollo espiritual de la humanidad. El cristiano es el grado más alto en la escala del amor. El Derecho, que solo puede cumplir con su cometido a condición de que conozca bien a los destinatarios de sus reglas, no debe exigir virtudes máximas de personalidades mínimas, por lo que, a cambio de una paz superficial —más parecida a una tregua— se conforma con una cívica tolerancia, que, en la escala que tengo dicha, ocupa el lugar más bajo.
 - i. Desde este punto de vista, el deber correspondiente al Art. 2348 del Cód. civ. (Colombia C. d., Código civil, 2021) se satisface no tanto disponiendo al hijo para que procure el bien ajeno en la misma medida en que se procura el propio, cuanto no disponiéndolo para todo lo contrario, o sea, para conseguirse el bienestar propio a expensas del ajeno. Esta opción, se sabe de cierto, no excluye la conformidad moral a la que aludí hace un momento, sino que la supone en relación con un orden moral menos perfecto porque su índole es humana y no divina.
 - j. Valga anotar que el carácter culpable (doloso o culposo) de la conducta dañina del hijo puede ser el medio expedito para dar con la culpa de los padres —que debe ser probada—, cuenta habida de la actuación disconforme del poder que los inviste, que es lo que se les reprocha. Lo que quiero decir es que, aun cuando puede darse el caso de que la

culpa del hijo no tenga vínculo ninguno con el defecto de su crianza, lo más probable es que aquella tenga su vengero en esta y, de ese modo, el efecto (el daño filial) sea indicativo (sea indicio) de su causa.

91. La regla del art. 2349 (República de Colombia, 2021a) dice:
- Los amos responderán del daño causado por sus criados o sirvientes, con ocasión de servicio prestado por éstos a aquéllos; pero no responderán si se probare o apareciere que en tal ocasión los criados o sirvientes se han comportado de un modo impropio, que los amos no tenían medio de prever o impedir empleando el cuidado ordinario y la autoridad competente; en este caso recaerá toda responsabilidad del daño sobre dichos criados o sirvientes.
- a. En este enunciado no parece que se pueda hallar un deber diverso en lo sustantivo del que contiene el art. 2347 del Cód. civ. (República de Colombia, 2021a); apenas si puede considerarse una especificación, por la mención directa a la relación laboral "con ocasión" de la cual acontece el daño, de aquel deber más general.
 - b. Salta a la vista que el presupuesto del deber del patrono (del empleador) es la existencia de una norma autónoma, contractual, a la cual, según las voces del art. 22 del Código sustantivo del trabajo (Cód. trab.) (República de Colombia, 2013b) le conviene el nombre de contrato de trabajo.
 - c. Por virtud de esa norma no solamente se imponen los contratantes obligaciones (y derechos reflejos), sino que, en particular al patrono, le es atribuido un poder por el cual, dentro de los estrechos contornos de la legislación del trabajo, puede aplicar (y estatuir) normas para el gobierno laboral del empleado.⁵⁵
 - d. Está escrito que el daño del que se trate ha de ocurrir por causa del empleado y con ocasión del servicio que le tributa al empleador. ¿Qué significa *con ocasión de*?

55 La titularidad del poder al que me refiero está anunciada, por ejemplo, en el número 1 del art. 58 del Cód. trab. (República de Colombia, 2013), de acuerdo con el cual el trabajador, entre otras cosas, debe "observar los preceptos del reglamento y acatar y cumplir las órdenes e instrucciones que de modo particular le impartan el patrono o sus representantes".

- e. El uso cotidiano de la palabra ocasión enseña que ella es de seguido usada como sinónimo de oportunidad⁵⁶. Si el interés (como se anunció desde el comienzo) es el vínculo de un hombre con un bien, la oportunidad es la posibilidad, no la actualidad (que es el interés), de ese vínculo. Una consecuencia de este razonamiento es que la consideración del trabajador en su aspecto corporal (podría decirse, en aras de la exactitud, aspecto psico-físico) lo constituye para el patrono en un bien de cuyo hecho depende la consecución de otro u otros bienes.
 - f. Lo que me propongo sentar con esto es que, como quiera que el empleado no es la causa inmediata de la satisfacción de la necesidad del empleador (sobra con pensar en que el empleador no emplea por emplear), el nexo que lo une con este es representativo, más que de un interés, de una oportunidad —de una ocasión— para reunirse con el bien que la satisfaga en definitiva.
 - g. Cuando la posibilidad que el patrono tiene de satisfacer sus necesidades a costa del trabajo de su dependiente desmedra los bienes, o la posibilidad de conseguirlos, de otro hombre, entonces cobra sentido la exigencia de que el evento dañino sobrevenga con ocasión de un trato laboral.
 - h. Lo que se espera del empresario es que, a los fines de evitar la interferencia nociva de su interés —o de la posibilidad de él— con el interés de los demás, ejerza relativamente a su empleado el poder reglamentario que le ha sido discernido. El evento de esa interferencia, antecedido de la inercia del poder, que se presume, determina su responsabilidad.
92. Hace falta reflexionar sobre dos hipótesis que, a primera vista, se encuadran dentro de la del hecho ajeno, pero que ya por mandato legal, ya por mandato jurisprudencial, están sometidas a un régimen distinto.

56 Posiblemente a lo que aquí he nombrado oportunidad, Carnelutti, sobre todo en el Sistema de Derecho Procesal Civil, le dice interés mediato. A la postre, los nombres son indiferentes: una cosa puede significar, al mismo tiempo, un bien y una oportunidad. En cuanto actualmente satisfaga una necesidad, será lo primero; en cuanto posibilite la consecución de un bien distinto —la conformación de un nuevo interés— que satisfaga otra necesidad, será lo segundo (Carnelutti, 2004).

Me refiero, por un lado, a la del daño causado por el *incapaz aquiliano* y, por el otro, al que ocasiona el dependiente de una *persona jurídica*.

93. La primera hipótesis está prevenida en el art. 2346 del Cód. civ. (República de Colombia, 2021a), tal que “los menores de doce años no son capaces de cometer delito o culpa; pero de los daños por ellos causados serán responsables las personas a cuyo cargo estén dichos menores si a tales personas pudiere imputárseles negligencia”.
- a. En esta fórmula normativa está presente, como en pocas, el problema de la persona o del sujeto jurídico, expresiones que, hasta ahora, me había abstenido de usar por no incurrir en inexactitudes terminológicas.
 - b. Pues bien: con persona, o más exactamente con sujeto jurídico, se alude a quien es apto para ser comprometido en relaciones jurídicas, lo mismo que para formarlas o para intervenir en su conformación. Se sigue de esto que (por ahora, y a despecho de ciertas intentonas judiciales que han querido extender su uso a páramos y ríos) no hay más sujeto jurídico que el ser humano, aunque a un ser humano no siempre le basta con serlo para ser reconocido como sujeto jurídico.
 - c. Tal es el caso del menor de doce años, según la reciente modificación legislativa (por obra de la infausta Ley 1996 del 2019) del art. 2346. A este menor, individuo que es de la especie humana, no se le niega la capacidad lesiva que se afirma de cualesquiera otras cosas apreciables en la naturaleza, como un animal (doméstico o no) o un artefacto que cae desde lo alto de un edificio; sin embargo, como el animal o el artefacto, sus hechos no son significativos de obligaciones o de poderes en la creencia de que su raciocinio no está tan desarrollado como es necesario para que comprenda el sentido de las normas jurídicas a las que se deben (o con las que se pueden) arreglar las conductas de los hombres.
 - d. Con este entendimiento, el incapaz aquiliano (sin que esto signifique el deterioro de su dignidad consustancial) no es muy distinto de un objeto cuyo movimiento, potencialmente lesivo de los bienes ajenos, debe ser controlado directamente por aquel a quien ese control le concierne. El defecto de ese control —la conducta contraria a la que satisface el deber que corresponde a la regla del 2346 (República de Colombia, 2021a)— es el que determina la responsabilidad del cuidador.

- e. Por eso, a diferencia de los enunciados de los arts. 2347, 2348 y 2349, el del art. 2346 (República de Colombia, 2021a) no asume que el cuidado y el cuidador sean dos sujetos jurídicos distintos, sino que, a lo sumo, son uno solo cuya voluntad relevante, en orden a evitar la reacción sancionadora, coincide con la del hombre a cuyo cuidado está el causante del daño. Es lógico, pues, que la sanción recaiga sobre aquel en lugar de sobre este.
 - f. No sobra hacer notar (todavía otra diferencia con los preceptos del hecho ajeno) que en el caso examinado el poder del cuidador sobre el cuidado es, antes que normativo, primordialmente fáctico. No hay razones concluyentes para pensar que el menor de doce años tiene un juicio más formado para asimilar cabalmente las normas pronunciadas por sus tutores que para las que provengan de otras fuentes. Si así fuera, en ninguna circunstancia tendría objeto calificarlo de incapaz.
94. La segunda hipótesis —ya lo advertí— está regida por sucesivos mandatos, en forma de sentencias de casación, de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, que han sido pronunciados desde el 1962. En tal virtud, quiero hacer las observaciones siguientes:
- a. De acuerdo con lo sentado por esa Corte, el dependiente de una persona jurídica, en cuanto se comporte como tal dependiente, hace responsable de los daños que produzca a la propia persona jurídica de la que depende, lo que, usando de la jerigonza abogadil trueca el hecho ajeno del uno por el hecho propio de la otra.
 - b. En verdad, ¿qué se dice cuando se dice persona jurídica? Tengo la impresión de que, gracias a la respuesta de esa pregunta, se podrá entender mejor el raciocinio de los jueces colombianos.
 - c. Si, por motivos psicológicos, hay ocasiones en las cuales a un mismo hombre no se le reconoce como sujeto del Derecho (sujeto jurídico), hay otras en que, por motivos generalmente económicos, la reunión deliberada de distintos hombres es reconocida como un sujeto tal.
 - d. En esto último, a diferencia de lo que se pretende habitualmente, no hay ningún fingimiento (ninguna ficción, como se usa decir). Nada obsta para que hombres diversos, en vez de disputárselo, coordinen sus voluntades con el ánimo de servirse de un mismo bien, lo que se traduce, de todos ellos, en un interés concurrente. Bastante sencillo es comprobar que hay necesidades a cuya satisfacción se provee, mejor que con el de uno, con el esfuerzo coincidente de varios hombres.

- e. A ese agrupamiento económico no es insensible el Derecho, quien, en razón de la identidad del interés, determina la identidad normativa de los interesados en una forma tal, que, siendo varios, les impone obligaciones, y les confiere poderes, cual si de un solo hombre se tratara.
 - f. A la identidad normativa de varios hombres es, al final, a lo que se designa *persona jurídica*.
 - g. Frecuentemente la forma de esa identidad viene dada por el ajustamiento de un convenio del que, a la par que les nacen obligaciones y poderes a todos respecto de cada uno (y, acaso, de cada uno entre sí), le nacen también poderes a la agrupación para ser ejercitados en relación con quienes todavía no están vinculados con ella (a los agrupados, según el tipo de convenio más usual, se les dice socios).
 - h. Por esta vía —por la del poder—, el grupo, a través de sus órganos, puede ajustar nuevos convenios con otros hombres sobre los que —en atención al modo de ser del acuerdo— con algunos matices, con menos intensidad, se dilata la comunidad de intereses a la cual responde la identidad jurídica con la que el Derecho reviste al grupo. Cabe imaginarse, por ejemplo, a la sociedad que celebra un contrato de trabajo con un empleado de aquellos a los que la ley laboral caracteriza como de *dirección, confianza y manejo*. No se puede negar que, lo menos, durante el tiempo que dure su jornada laboral, su interés, así sea por el estímulo del salario, no será distinto del de quienes fundaron la sociedad.
 - i. Si esto es exacto, razón tiene la jurisprudencia colombiana de negar que el hecho de quien, bajo la dependencia del grupo, contribuye a la realización de su interés, sea uno *ajeno* en lugar de uno *propio*.
95. Una enrevesada cuestión, gracias a la recepción más o menos inopinada de la doctrina y de la jurisprudencia francesas, es la de la *actividad peligrosa* en el Derecho positivo colombiano. De una regla a primera vista sencilla, de acuerdo con las continuadas interpretaciones de sus aplicadores, lo mismo que de quienes se consideran sus estudiosos, han surgido contenidos desmesurados y oscuros que contrastan con los más exiguos y diáfanos que, según el sentido usual de su fórmula, cabe descubrir en ella.
96. Las palabras del art. 2356 (República de Colombia, 2021a) —el de la actividad peligrosa—, son estas:
Por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por esta.

Son especialmente obligados a esta reparación:

1. El que dispara imprudentemente un arma de fuego
2. El que remueve las losas de una acequia o cañería, o las descubre en calle o camino, sin las precauciones necesarias para que no caigan los que por allí transiten de día o de noche
3. El que obligado a la construcción o reparación de un acueducto o fuente, que atraviesa un camino, lo tiene en estado de causar daño a los que transitan por el camino.
 - a. Si mi inteligencia del asunto no es incorrecta, entiendo que el afán de prolongar el sentido del art. 2356 del Cód. civ. más allá de los alcances de su literalidad es integrador, es decir, de hacer encajar en su hipótesis un mayor número de casos que, para el tiempo en que fue redactado, no se conocían, no podían ser conocidos, porque están principalmente asociados con un desarrollo posterior de la técnica al que, propiamente, se le debe la existencia de las actividades peligrosas.
 - b. Por eso, con vistas a descubrir el deber en que las actividades peligrosas consiste, huelga, antes, tratar de saber a qué le es dado ese nombre.
 - c. El hecho de que un hombre, para sosegar un apetito suyo, tenga que llegarse a un bien, puede ser examinado, en el plano de la causalidad, bajo dos aspectos: el de la actualidad y el de la posibilidad. Por el primer aspecto, al hombre se lo ve en posesión de la cosa apta para satisfacer su necesidad, a lo que se le dice interés; por el segundo, la posesión del bien por el hombre de marras no es vista, sino, todo lo más, prevista, a lo que se le dice oportunidad (*vid. lit. e del núm. 91, supra*).
 - d. Las contracaras del interés y de la oportunidad, a propósito del mismo plano, son llamadas daño y peligro. Por el primero, según lo que ya expliqué (*vid. núm. 73, literales e y ss., supra*), se ve el cambio anómalo de un bien; por el segundo ese cambio no se ve pero se prevé.
 - e. Se considera, pues, que algo es peligroso cuando, sin determinarlo en el presente, tiene aptitud bastante para determinar en el futuro la transformación anómala de un bien, y por esta, la de un interés.
 - f. Entonces, si lo peligroso es la actividad, tal vez el deber por el cual se indaga se relaciona con un acto potencialmente dañino.
 - g. Ahora: si cualquier acto perjudicial, antes de serlo, es peligroso porque contiene en sí el germen del perjuicio, toda la dificultad se reduce a saber cuál es la diferencia entre el acto que causa un daño

y la *actividad (el acto) peligrosa* según el alcance que los jueces le atribuyen al art. 2356 (República de Colombia, 2021a).

- h. Entre el acto dañino y la actividad peligrosa la diferencia hay que buscarla, más que por el del daño, por el lado de su posibilidad. En efecto, si lo común es que los hechos se estimen peligrosos solo después de la ocurrencia del daño, lo que distingue a la actividad peligrosa es su reconocida capacidad lesiva antes, e incluso con independencia, de que el daño se produzca.
- i. La misma idea, con otras palabras, sugiere que si de los hechos ordinarios su peligro no se percibe hasta la ocurrencia del daño, de las actividades peligrosas el daño se percibe sin que haga falta su ocurrencia, lo que, por una parte, con razón, permite pensar que el peligro que representan es por sí mismo dañino, y lo que por otra parte, sin razón, le ha permitido pensar a alguno que son actos intrínsecamente culpables (*vid. núm. 87, supra*).
- j. La insinuación de más arriba acerca del parentesco que une a las "actividades peligrosas" con los progresos de la técnica se infiere del decurso mismo de la vida económica, como que la cada vez más pronta satisfacción de las viejas necesidades facilita el nacimiento de otras nuevas, más numerosas, a cuya satisfacción hay que proveer con idéntica celeridad, de lo que no queda más que un desenfrenado hábito de consumo que se sustenta, cuando no en el uso, en el abuso de las leyes naturales, en cuya administración consiste la técnica.
- k. Es claro, entonces, que si, a propósito de los bienes, la actividad peligrosa multiplica las oportunidades de algunos, a propósito de los perjuicios, paralelamente, aumenta los riesgos de otros. Esto se revela, sobre todo, en la disposición humana de ciertas cosas que, al paso que favorecen las primeras (las oportunidades) acrecientan los segundos (los riesgos). Las energías hidráulica y eléctrica, que importan cierta utilización del agua y de la electricidad, pueden servir de ejemplo de lo que digo.
- l. Por eso, aunque hay quien admite que la actividad peligrosa puede realizarse, sin más, con el cuerpo humano, o con cierta reunión de varios o de muchos de ellos (un tumulto, por ejemplo), lo corriente es que su realización, además de aquel (del cuerpo humano), comprometa otro tipo de cosas que, por lo que son o por lo que hacen, destacan su cualidad de peligrosa.

- m. Una observación elemental de la realidad y, en ella, de la interacción de los entes, enseña que aunque todos pueden ser apreciados en sus aspectos estático y dinámico, de algunos su lesividad se acentúa por el reposo y de otros, en cambio, por el movimiento.
- n. En el primer caso, si la observación se lleva adelante, el daño se produce porque con la inercia de la cosa entra en contacto la fuerza de otra (supóngase la escultura de contornos agudos contra la que podría tropezar quienquiera que a alta velocidad conduzca una bicicleta cerca de su emplazamiento); en el segundo, la fuerza de la cosa, en cuanto sea desatada, o no sea contenida, por una fuerza externa, puede reaccionar sobre otra cosa dañándola (supóngase el proyectil que puede salir del revólver a condición de que el gatillo sea apretado por un hombre, amenazando con herir el cuerpo de alguno, o supóngase el caudal de agua que, si desborda la presa, anegará un poblado).
- ñ. A consecuencia de lo anterior, es necesario rectificar el significado de la palabra actividad que, especialmente, se contrae a la designación de la acción continuada, o a la continuidad de una acción, o sea, en última instancia, a la de un hecho humano de tipo comisivo. Con todo, si el peligro se revela lo mismo en el hacer que en el no hacer de alguien, la actividad debe comprender, también, el hecho humano de tipo omisivo.
- o. A la demostración de esta verdad contribuye la previsión del número 3 del art. 2356 (República de Colombia, 2021a), de tal manera que: "El que obligado a la construcción o reparación de un acueducto o fuente, que atraviesa un camino, lo tiene en estado de causar daño a los que transitan por el camino" El peligro, según la exacta composición del enunciado en cita, está representado por "el estado de causar daño a los que transitan por el camino". Ahora bien: la común forma de pensar, ante la omisión sugerida en la proposición, se resuelve, o en la negación de la actividad, o en la asimilación de esta con el elemento que contribuye a la realización del riesgo, de lo que se sigue que, en el mejor de los casos, cuando no se percibe el movimiento de un hombre, o de una cosa controlada por aquel, se asume que la actividad (peligrosa) es una cierta cosa (el acueducto o la fuente, por ejemplo).
- p. Que (permítaseme la alegoría) en el retrato del acueducto en estado de causar daño no se vean más objetos que el acueducto no obsta para que, a la distancia, haya un hombre que, pudiendo (e incluso debiendo)

repararlo, no lo haya hecho. Esta indiferencia ante la inminencia del daño, o sea ante el peligro, es también un hecho que se distingue porque no altera, sino que preserva la continuidad de aquel aspecto nocivo del mundo.

- q. Después de esto, cualquiera puede saber que si la actividad se desdobra en un hacer o en un no hacer —de donde lo peligroso vendrá, alternativamente, por la mutación o por la conservación de la realidad—, cuando es lo último, de la conversión del peligro en daño la omisión no es la causa (no lo es, al menos, en su sentido más restringido), sino, tan solo, una condición, lo que implica que el daño —que no lo es del acto omisivo— es el desenlace, circunstanciado por la omisión, de un acto comisivo (de una comisión).
- r. El acueducto defectuoso, merced de la inactividad de quien puede corregirlo, es un elemento inerte que, puesto en contacto con la fuerza de un hombre que se lo topa, tiene la virtud de trastabillar y, ultimadamente, de lesionar su cuerpo. Enseguida se nota que la omisión del primero no produjo el infortunio del segundo, pero tampoco lo evitó. Por eso, si el caminar del caminante es la causa del daño, sin el obstáculo que la molicie de su dueño no dejó remover, a buen seguro, en lugar de al hospital, aquel habría llegado a su casa.
- s. Por el influjo de la experiencia, el pensamiento se inclina más a apreciar la ilicitud de un hecho cuando y donde quiera que la acción ofensiva de un hombre se dirija sobre otro hombre o sobre su hacienda, normalmente pasivos. Esto explica que, en ocasiones, cuando la disposición a moverse del agente y del paciente del peligro (o del daño) se invierten, de manera que la actividad comisiva de este se desarrolla a expensas de la omisiva del otro, sea más difícil dar en la cuenta de la amenaza o de la agresión relevantes para el Derecho.
- t. Algo parecido —que no idéntico— acontece cuando la acción del agente es como ocultada por la del bien con el que está vinculado, que lleva dentro de sí, por la naturaleza o por la técnica, la razón (o una parte de ella) de su movimiento. En estos casos la actividad del primero, que se encamina principalmente a impedir que la cosa se mueva, o a permitir que lo haga de cierta forma, se solapa con el hecho del segundo, tanto más cuanto mayor sea la distancia entre el sujeto controlador y el objeto controlado.

- u. Es con base en la propensión a la inquietud de algunos bienes que, si mis impresiones son justas, se incorporó a la práctica judicial, lo mismo que a las especulaciones doctrinales, la noción de guardián de la cosa y sus dos especies del guardián de la estructura y del comportamiento. Esa invención galicada, muy afecta en Francia a la "responsabilidad por el hecho de las cosas", se usa en Colombia, a falta (según las más connotadas voces, como la de Jaramillo, 2007) de un principio de responsabilidad por el hecho de las cosas, en sede de la responsabilidad por actividades peligrosas ejercidas con cosas.
- v. Así, si en la dinámica de ciertos entes están entrañados, conjuntamente, las oportunidades de algunos y los peligros de otros, es de suponer que de la dirección de la fuerza motriz con la que ellos están dotados sean los primeros, y no los segundos, los que se deban ocupar. Si esa dirección se traduce mayormente en el aquietamiento de la cosa, entonces la guardia, según la jerga en comento, será de la *estructura*; si se traduce mayormente en el mantenimiento adecuado de su dinámica, la guardia lo será del *comportamiento*. Por eso, si la estructura y el comportamiento, mejor que dos realidades distintas, son los aspectos estático y dinámico de la misma realidad, ser el guardián de lo uno o de lo otro implicará, según que el daño pueda venir por el movimiento o por el movimiento caótico, evitar el primero u ordenar el segundo.
- w. Es por eso que, en cuanto es vencido el escrúpulo que impide ver en el cuerpo del hombre un objeto, la similitud entre el guardián de la actividad peligrosa y el que tiene a su cargo a un menor de doce años (en los términos del art. 2346 del Cód. civ., República de Colombia, 2021a) se le ofrece irresistible al pensamiento. En cualquiera de los dos casos, el predominio del guardián o del cuidador sobre las cosas o sobre el impúber es de jaez fáctico, ya que ni de aquellas ni (presumiblemente) de este, aunque son proclives a moverse, se puede suponer el raciocinio necesario para conducirse de acuerdo con mandatos.
- x. El jaez (el del predominio) será normativo, en cambio, en las hipótesis del "hecho ajeno", que no son excluyentes de la posibilidad de que los subordinados de quien tiene un tal poder (el padre de familia, el director de la escuela, el empresario o el empleador, en gracia de ejemplo) realicen conductas que respeten cosas como las que están descritas *sub u (supra)*. En esos supuestos no es que el sujeto del

mando no esté llamado a controlar los bienes mencionados, sino que solo puede hacerlo indirectamente, mediando el control normativo que ejerce sobre los realizadores de la actividad peligrosa.

- a'. Dentro de estos supuestos es preciso considerar, también, al propietario de la cosa cuando, a través del hecho de otro hombre, realiza con ella la actividad peligrosa. Esto se comprende pronto apenas se ve que de un bien se goza cuando se lo usa, lo cual puede ocurrir lo mismo usándolo el dueño a través de otro, que dejando que sea otro quien lo use, de lo que resulta que la propiedad, a la par que le reconoce a su titular un poder económico sobre la cosa (el privilegio de usarla), les atribuye un poder normativo con respecto a otros a los fines de su uso.
- b'. En resumen, cuando del control inmediato de las cosas se pasa al de los hombres que manejan aquellas, la posibilidad de dirigir la actividad peligrosa deja de ser material y se vuelve normativa. El guardián, según gobierne a estos o domine aquellas, será un legislador o un simple gendarme.
- c'. Por lo excogitado hasta aquí, puede decirse que el deber correspondiente a la actividad peligrosa es el de impedir quien la realiza, o quien puede controlar su realización, que el riesgo implicado en la conducta se traduzca en el daño del bien, y por este, del interés ajeno.
- d'. La infracción del deber será, por la realización de la conducta riesgosa, la lesión del interés de alguno.
- e'. Aunque, hasta no hace mucho (y quizás todavía), la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia sostuvo que las actividades peligrosas están afectadas por una presunción de culpa⁵⁷, lo cierto es que si ella significa lo que aquí se dijo (*vid. lit. I, núm. 73, supra*), de poco o de nada sirve su presunción desde que, por mandato de la jurisprudencia, la prueba de lo contrario (de la disculpa, de la falta de culpa) es anodina, lo que da tanto como prescindir de ella con miras a establecer si el causante del daño es o no responsable, a semejanza de lo que acontece cuando se trata de los comportamientos que condicionan la llamada *responsabilidad objetiva*, a los que me referiré seguidamente.

57 Véase, por ejemplo, la verbosa sentencia del 12 de enero del 2018 de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia (SC2-2018), cuyo magistrado ponente fue el doctor Ariel Salazar Ramírez.

97. La objetividad de la responsabilidad está representada, primordialmente, por el art. 2354 del Código civil:

El daño causado por un animal fiero, de que no se reporta utilidad para la guarda o servicio de un predio, será siempre imputable al que lo tenga; y si alegare que no le fue posible evitar el daño, no será oído.

- a. La objetividad, palabras más, palabras menos, califica un modo de ser o, quizás, un modo de no ser el comportamiento al que reacciona, en forma de responsabilidad, el Derecho.
- b. Desde este punto de vista, lo objetivo se opone a lo subjetivo y esto último anuncia el aspecto interno de un acto, es decir, las magnitudes de la voluntad de quien lo realiza, llamadas culpa y dolo (*vid. lit. I, núm. 73, y núm. 87, supra*).
- c. Puesto que de un acto es reconocible, además de lo que se incorpora a la existencia —de lo que se hace visible (la acción y la omisión)—, lo que, por desenvolverse en la psique de un individuo, no es inmediatamente sensible, es habitual que el Derecho tome en consideración, del acto que condiciona su reacción, los dos aspectos antes dichos.
- d. Con menor frecuencia, la reacción del Derecho es determinada por un acto del que no se destaca su componente psicológico en forma de dolo o culpa. Cuando esto acontece —y sobre la "responsabilidad" propiamente dicha todavía no he discurrido, se dice que la responsabilidad es objetiva.
- e. Pues bien: si la exterioridad de un acto del que se es responsable extra-contractualmente" se formaliza en el daño del interés ajeno, lo que le confiere una decidida connotación económica, la interioridad, expresada en el sentido del dolo y de la culpa, lo connotan moralmente. Es por esto que el cariz ético de la sanción tiende a languidecer en la misma proporción en que se acrece la indiferencia de la norma sancionadora al componente íntimo del acto ilícito sin que, en ningún caso —aquel cariz (el ético)— desaparezca por completo.
- f. En efecto, si la economía, en virtud del daño, es el elemento constante de cualesquiera "responsabilidades civiles", la "responsabilidad subjetiva" significa un mayor grado de inmoralidad de la lesión de un interés en comparación con la objetiva, de la que la inmoralidad, más que a la lesión, se refiere a la falta de su reparación.

- g. Es probable, pues, que quien haya seguido con atención mi discurso concluya, como yo, que, además del siniestro del art. 2354 del Cód. civ. (cuya "objetividad" se advierte en la fórmula "y si alegare que no le fue posible evitar el daño, no será oído"), los originados en actividades peligrosas son ejemplares de la responsabilidad objetiva (*vid. lit. e'*, núm. 96, *supra*). Como sea, porque en ellos, rayando en el silencio, la voz de la moral se oye como un susurro leve, no ha faltado quien afirme que los hechos condicionantes de la responsabilidad objetiva no conllevan ilicitud ninguna, amén de que la reacción que se les proporciona tampoco es sancionadora.⁵⁸
- h. En rigor, tan ilícitos como los actos representativos de la responsabilidad subjetiva son los que representan a la responsabilidad objetiva. Confío en que los errores de apreciación que inducen a algunos a negar la ilicitud de los segundos puedan ser erradicados con las siguientes apuntaciones:
 - i. El error más protuberante se basa en la credulidad de que el acto ilícito y el daño, en vez de dos facetas de un hecho, son dos hechos distinguibles. Ya en otra parte pude demostrar (*vid. núm. 73, lits. a y ss., supra*) que el daño es de un hecho su situación final, su desenlace, lo que significa que la diferencia no es entre hecho y hecho, sino entre situación y situación de un mismo hecho.
 - ii. El inconveniente de la inveterada forma de abordar estos asuntos es que, cuando se asume que el daño es algo distinto del hecho que lo causa, el primero suele quedar por fuera de la ilicitud del segundo, puesto que, contra toda evidencia, se cree que lo ilícito es la causa del daño y no, también, el daño causado (*vid. núm. 73, lit. i, supra*).
 - iii. Por eso, si, en punto de la responsabilidad civil extra-contractual el acto ilícito, por el lado de su forma, o sea exteriormente, está invariablemente conformado por lo que deviene, lo que sucede (el comportamiento humano) y por lo devenido, lo sucedido (el daño), por el lado de su contenido está constituido por la voluntad humana, de la cual el dolo y la culpa son sus gradaciones habituales.

58 Así, el lúcido libro de Larrañaga (s. f.): *El concepto de responsabilidad*.

- iv. Esto servirá para que se comprenda que si la ilicitud significa que la realización de un acto hace debida la sanción, en ocasiones, con vistas a que sea obrada, la consideración jurídica de aquel acto enaltece la forma, lo que en manera alguna significa prescindir de la voluntad, que es su contenido mínimo, sino de sus medidas, o sea del dolo y de la culpa.
- v. No cabe duda de que la mayor irrelevancia del contenido psicológico del acto ilícito (en el sentido de ser este doloso o culpable), incide en el menor alcance ético del reproche que se desarrolla en la sanción, de lo que no cabe inferir que, en los casos de responsabilidad objetiva, el tal reproche no se produce, sino que su alcance es preponderantemente económico. Si se da en la cuenta de que lo ético de un acto se manifiesta en su justicia, y lo económico en su conveniencia, la responsabilidad subjetiva predispone una reacción a la injusticia y a la inconveniencia (o a la injusta inconveniencia) de un hecho humano, mientras que la objetiva la predispone, sobre todo, por su inconveniencia al margen de su injusticia.
- vi. Por lo demás, estoy persuadido de que la reacción de la que he hablado, aunque no se encuadra en el concepto más estricto y más difundido de sanción, tiene el valor de tal. De dilucidar esto me ocuparé, según lo planeado, en el estudio prospectivo de la responsabilidad.

Segunda parte

Perspectiva de la responsabilidad civil extracontractual

- 98. El afán de esta segunda parte es, si lo tiene, el de verle el rostro a la responsabilidad civil extra-contractual, o, renunciando al lenguaje figurativo, descubrir lo que hay cuando se dice que hay una responsabilidad tal.
- 99. En los actos de habla de los entendidos, y de los que no lo son, con la expresión *responsabilidad civil extra-contractual* quiere abarcarse, de una vez, además de lo que supuestamente la constituye, lo precedente y lo sucesivo, lo que, en algunos casos, equivale al confinamiento de la historia

en un solo instante, o sea del todo en la parte. Si en esto tiene parte el buen sentido o, por el contrario, es un descomedimiento científico, será cosa que tendrá que lucir al término de este segmento.

100. Para ver es preciso atender. Lo que muestra el presente de la responsabilidad civil extracontractual no puede ser visto sino a condición de que, al tiempo que se lo atiende, se desatienda (así sea por un lapso breve) a lo que vino antes y a lo que vendrá después.
101. Puede presumirse que, como en el pasado, en el presente de aquella responsabilidad hay cosas, relaciones y hechos. De ellos algo ha quedado y, también —además del tiempo— algo ha cambiado. Especialmente de la descripción de lo último, dentro de los confines del pasado y del futuro, me ocuparé enseguida.

Primera sección

La perspectiva de las cosas

102. El acontecimiento del hecho propio, del hecho ajeno, de la actividad peligrosa o de la responsabilidad objetiva, esto es, la infracción del deber que les corresponde, se patentiza en el mudamiento de la realidad, y más precisamente, en el de una cosa apta para remediar la necesidad de uno o de varios hombres.
103. Si el bien ha cambiado, es natural que a ese cambio sea especialmente sensible quien se aprovechaba, o quien podía aprovecharse de él, o sea uno o varios hombres necesitados. Estos últimos, para quienes el cambio es un mal, son las víctimas.
104. La determinación del daño, y por ende su comprobación, suele complicarse cuando, por el modo de la alteración, o por el modo de ser del bien alterado, el cambio de la realidad se hace menos perceptible. El daño moral, de un lado, y el daño informático, del otro, ejemplifican bien la dificultad anunciada.
105. En el segundo ejemplo (el daño informático), lo dañado no tiene la constitución propia de los bienes en los que históricamente se ha interesado

el hombre. Se trata de una cierta energía (el *software*)⁵⁹ que —aunque no se confunde con él— se ejerce con el concurso de un artefacto que se conoce como computador u ordenador, en atención a la prestación que de la combinación de la una y del otro se obtiene originalmente (computar u ordenar). De esta manera, el daño del recipiente —el computador— podría acarrear el del contenido —el *software*—, pero este, por su estructura y su función, puede diferenciarse de aquel hasta el punto en el que el daño del *software* no se siga el de la integridad física del computador.

106. En el primer ejemplo (el daño moral), lo dañado, que subsiste en el cuerpo humano, está por dentro, no por fuera de este. Si dicho cuerpo, mejor que un juntamiento organizado de huesos, carne y tejidos, es definido como un organismo psicofísico, es decir, una reunión inescindible de lo físico y lo mental, el bien perjudicado será el propio cuerpo en uno de sus aspectos (puntualmente el psíquico). Si, al contrario, lo mental, entendido como una cierta energía intelectual (a semejanza del *software* respecto del ordenador), puede destacarse de lo físico en orden a su estimación como una cosa valiosa —una que satisface necesidades humanas—, entonces el bien alterado será esa misma energía con independencia del cuerpo en el que se manifiesta.
107. Si hay daño —el interés (sobre un bien)— y hay dañado —uno o varios hombres— es porque, naturalmente, hay un dañador —asimismo, uno o varios hombres—. El último, en relación con la *víctima*, es llamado *victimario*. En perspectiva, cuando se ve a las cosas de la responsabilidad civil extra-contractual se ve, lo menos, a dos hombres divididos por una cosa o, si se prefiere, a dos sujetos mediados por un objeto, a lo cual no se opone, cuando lo dañado se revela en el cuerpo, que uno de ellos sea contemporáneamente el sujeto y el objeto del daño.
108. Eventualmente, en las hipótesis de la responsabilidad por el hecho ajeno (*vid.* núm. 76 y ss., *supra*), al lado del victimario se verá a otro hombre, a quien, por lo que se dirá más adelante, es justo nominarlo *responsable*. De aquí resulta que las de *victimario* y *responsable*⁶⁰ son calidades diversas

59 De *soft*, blando, y *ware*, utensilio, es decir, utensilio blando, que, por la utilidad que ellas reportan, y por su constitución fluida, recuerda las propiedades de las energías tradicionales, como la eléctrica.

60 La de victimario puede decirse que es una cualidad práctica o fáctica; la de responsable es

que, aunque habitualmente lo hacen, no necesariamente coinciden en un mismo hombre. No siempre el victimario es responsable, ni el responsable es siempre victimario.

Segunda sección

La perspectiva de las relaciones

109. Puesto que los bienes son relativos a quien los precisa, en el orden económico su existencia está subordinada a su pertenencia a una relación (económica) con uno o con varios hombres. A esa relación me he referido insistentemente como interés.
110. El daño de una cosa no le incumbe al Derecho más que en cuanto ella valga como bien, es decir, en cuanto sea el elemento objetivo de la relación económica que tengo dicha. Así, quien daña un bien no ha hecho otra cosa que dañar el interés que ella representa, que es, al final, lo que el Derecho ampara.
111. Sin embargo de lo anterior, al bien hay que distinguirlo cuidadosamente de la relación económica, del interés, ya que si, cuando menos, a aquel le corresponde un interés, cuando más pueden corresponderle intereses diversos del mismo hombre y, acaso, de hombres distintos.
112. Para lo primero —cuando al mismo bien le convienen intereses diversos de un solo hombre— es suficiente con meditar en las funciones laborales y sexuales que pueden desempeñarse con el cuerpo humano. Cuando lo primero —lo laboral—, el hombre al que el cuerpo le pertenece se sirve de él para, por ejemplo, hacer su trabajo como cirujano. Cuando lo segundo —lo sexual—, el mismo hombre emplea su cuerpo con fines reproductivos dentro de la unión conyugal a la que se debe. Bien podría suceder que, por obra de un infortunio, el individuo de autos sufra una lesión en sus manos que lo incapacite para trabajar, pero que no comprometa su capacidad sexual. Salta a la vista que el daño del bien, que es su cuerpo, aparejó para nuestro hombre la lesión de su interés laboral, no así el de su interés sexual.

estrictamente normativa.

113. Para lo segundo —cuando al mismo bien le convienen intereses de hombres diversos—, será útil traer a cuento la terminología de los abogados y de los tribunales en los casos en que, a propósito de un mismo accidente, separan a la víctima directa de las indirectas. La razón de esa separación se destaca mejor en tratándose del daño que un sujeto padece en su cuerpo, en el que, además de su interés o de sus intereses (el laboral y el sexual, ya referidos), se proyectan los de otros hombres con los que aquel está vinculado. Supóngase el interés erótico que, en el cuerpo del marido siniestrado, tiene la mujer de este. Asimismo, supóngase el interés alimentario de los hijos menores, cuyo desarrollo depende de la indemnidad del interés laboral de su padre. En uno y en otro eventos, con más o menos inmediatez, al cuerpo de la víctima directa se conducen los intereses de las llamadas víctimas indirectas —su esposa y sus hijos—.
114. El cambio del interés, en razón de la alteración anómala de un bien⁶¹ (el daño), significa, en la medida de las circunstancias indicadas por la norma final que impone el deber de no dañar (el "hecho propio", el "hecho ajeno", la "actividad peligrosa" o la "responsabilidad objetiva"), la infracción del deber susodicho y, por consiguiente —en razón del cambio de aquella relación económica— el propio cambio de la relación jurídica.
115. Si el deber es relativo, también lo es su cambio, por lo que este, finalmente, se manifiesta en los sujetos de la relación. Quién cambia, y cómo cambia la relación jurídica son las dos cuestiones por las que indagaré en las líneas sucesivas.
116. Admitido como está que el daño es la lesión de un interés, o sea su variación anómala, y que con esta variación económica se acompasa la variación jurídica de la relación correspondiente, entonces, ciertamente, el agente del cambio por el que se indaga será el mismo dañador, o sea el victimario.⁶²
117. En los eventos dañinos determinados por el hecho propio, por la simple actividad peligrosa e, incluso, por la responsabilidad objetiva, el buen sentido postula el cambio del deber de no dañar para quien, justamente, por su comisión o su omisión inmediatas, acabó por infringirlo.

61 No está de más observar que el cambio anómalo del interés, además de a su forma, puede referirse al espacio y, quizás, al tiempo del bien sobre el que se proyecta.

62 Incluso si el comportamiento del tal victimario, por ser omisivo, como en el caso tratado *sub. s* del número 96 (*supra*), no tanto es la causa cuanto la condición del daño.

118. Más problemática es esa postulación cuando el siniestro adviene por el hecho ajeno. A diferencia de las hipótesis mencionadas en el número 118, en las cuales es posible que en la causación del daño intervengan varios hombres (cuando no, en adición, varias cosas), pero, por lo general⁶³, no más de un sujeto jurídico (remítase el lector al art. 2346 del Cód. civ. y a lo que sobre él se dijo *vid. núm. 93, supra*), en aquel —en el hecho ajeno a la producción del daño, mejor que hombres, concurren varios sujetos jurídicos lo que, a la postre, complica la identificación del infractor y, por contera, del sujeto a quien por la infracción se le supone el cambio de la relación.
119. La complicación es vencible a condición de que se repare en que, de acuerdo con lo explicado en el número 85 (*supra*), el presupuesto del hecho ajeno es una relación jurídica (medial) de poder y sujeción. Puesto que las relaciones jurídicas unen a sujetos jurídicos, es decir a hombres reconocidos como tales por el Derecho, y no a hombres a los que les falta ese reconocimiento, es comprensible que para la infracción del deber del hecho ajeno se requieran, al menos, dos sujetos como los dichos.
120. Precisamente el incumplimiento del deber en comento no es la producción del daño por quien está sometido al poder de otro, sino la producción de ese daño a condición de que el otro no ejerza el poder, o de que no lo ejerza de cierta manera. Si esto es así, el cambio del deber de usar del poder para impedir el daño solo puede concernirle (en los términos del

63 Esta expresión adjetival amerita su aclaración: con mucha frecuencia, en los casos de hecho propio, actividad peligrosa y responsabilidad objetiva, es un sujeto jurídico, y no más que uno, el que aparece como causante del daño, lo cual no es óbice para que varios sujetos tales contribuyan a que el daño se produzca. Sin embargo, mientras en aquellos casos la pluralidad de sujetos jurídicos es un dato posible, pero prescindible, en punto del hecho ajeno esa pluralidad no es contingente, sino necesaria, en tanto —lo reitero— uno de sus requisitos es que haya una relación jurídica previa, de carácter medial, cuyos partícipes no pueden ser menos que sujetos jurídicos (uno de los cuales es titular de un poder y, el otro, de una sujeción), es decir hombres con aptitud bastante, según el Derecho, para contraer obligaciones o para proveer a su formación. De esto se infiere que la diferencia entre el hecho propio y el hecho ajeno, mejor que en la existencia o no de varios sujetos jurídicos, hay que buscarla en el modo de relacionarse aquellos de cara a la ocurrencia de la lesión. En el hecho propio los sujetos aparecen relativamente coordinados, mientras que en el ajeno, según como se los mire, uno aparece subordinado al otro, que está supraordinado.

hecho ajeno) al sujeto a quien le pertenece el poder de impedirlo, no a quien lo causó porque aquel no se lo impidió.⁶⁴

121. Se nota, pues —y aquí estriba el veneno de la dificultad— que cuando se trata del hecho ajeno el sujeto que provoca el cambio de la relación jurídica difiere del que lo padece; en los demás casos esa diferencia no existe o se percibe menos.
122. Aunque luzca como una obviedad, el cómo del cambio del deber desobedecido se explica gracias a la propia desobediencia, esto es, al acto ilícito. Empero, esta explicación es insuficiente.
123. A pesar de que es verdad que la lesión del interés de alguno —precedida de cualquier conducta subsumible en las hipótesis de la responsabilidad civil extra-contractual— se traduce en la obligación de indemnizar, también es verdad (o así parece serlo) que, la mayoría de las veces, el infractor solo viene a saberse deudor de aquella obligación cuando, a instancias de la víctima, un juez de la República se la impone con la emisión de una sentencia condenatoria.
124. O sea que la conversión del deber incumplido (el de no dañar) en la obligación por ser cumplida (la de indemnizar) percute, con distintas intensidades, en los sujetos jurídicos a los que esa conversión les concierne (el responsable y la víctima), ya por virtud de un acto de obediencia, ya por uno de aplicación. El primero —el más raro— es el desarrollo, justamente, de una relación final, es decir, de una obligación. El segundo —más frecuente— presupone una relación medial, es decir, un poder. La exposición de las características de esos actos la llevaré adelante en la sección siguiente.

64 Si, existiendo una relación jurídica como la que presupone el hecho ajeno, la presunción del no ejercicio del poder por su titular es desvirtuada, o, cuando se requiera, no es probado su ejercicio disconforme, el deber infringido será, probablemente, el del hecho propio, lo que se traduce en que el cambio del deber le incumbe al sujeto subordinado, no al predominante.

Tercera sección

La perspectiva de los hechos

125. El acatamiento de la obligación reparadora —legal en su origen— en que revierte la conculcación del deber de no dañar es un acto jurídico debido que, en sí mismo, está desprovisto de eficacia imperativa. Su realización, a la vista del número 1 del art. 1625 del Cód. civ. (República de Colombia, 2021a)⁶⁵, cancela la relación preexistente o, si se prefiere, suscita el cambio de aquella por una relación nueva, caracterizada por la libertad del pagador y la ineptitud del acreedor del pago para conseguir de una autoridad jurisdiccional una sentencia que condene al primero a pagar lo que ya pagó.
126. Distinto al de obediencia es el acto de aplicación de la obligación de indemnizar. Si, por una parte, la ventaja de la abstracción (y por ende de la generalidad) con que son enunciadas las normas heterónomas legales (como las de la responsabilidad civil extra-contractual) es la certidumbre de sus límites, por otra parte, a no ser que se confirme la identidad de estos límites con los del caso que se juzga, la desventaja podrá tener el aspecto de la injusticia.
127. La preservación de la justicia mediante la actuación de esa confirmación, en el Derecho positivo colombiano, les está confiada a los jueces de la República. A grandes rasgos, la actuación confirmatoria consiste en la formulación más concreta de la norma que, en abstracto, hace derivar la obligación de indemnizar de la ocurrencia de los supuestos de la responsabilidad civil extra-contractual.
128. Para confirmar es necesario aplicar y —ya que regularmente la aplicación y la creación de normas confluyen en una sola operación— cuando el aplicador aplica, o sea, confronta un acto determinado con alguno de los modelos normativos de los arts. 2341 a 2360 del Cód. civ. (República de Colombia, 2021a), siempre que la confirmación sea obrada, concluye por concebir una norma materialmente idéntica, pero distinta de la

65 Se mandó por el número 1 del art. 1625 del Código civil que "toda obligación puede extinguirse por una convención en que las partes interesadas, siendo capaces de disponer libremente de lo suyo, consientan en darla por nula. Las obligaciones se extinguen además en todo o parte: 1. Por la solución o pago efectivo."

confirmada, a la vista de sus más reducidos ámbitos personal, espacial y temporal de vigencia.

129. De esta suerte, quien confirma, y por lo tanto aplica, está investido de un poder al que, especialmente por razones que se pierden en la historia, se le dice jurisdiccional. La más exacta mostración del nexo entre el ejercicio del poder anunciado y la perspectiva del expediente del que me ocupo, exige estas meditaciones:
- a. El poder jurisdiccional converge con el deber de su uso, mismo que, por mandarlo así los arts. 89 de la Constitución política (Const. pol.) (Asamblea Nacional Constituyente, 2016), 2 de la Ley 270 del 1996 (L.270/96) (República de Colombia, 1996) y 2 del Código general del proceso (Cód. gen. proc.) (República de Colombia, 2015b), es correspondiente a la facultad de instarlo, atribuida a cualesquiera sujetos jurídicos. A esa facultad se apela usualmente con la fórmula *derecho de acción* o, sencillamente, *acción*, y al acto que la desenvuelve, sin más, se le dice *pretensión*.
 - b. Cuando quiera que la pretensión sea a la indemnización de un daño sobrevenido por el hecho propio, el hecho ajeno, la actividad peligrosa y la responsabilidad objetiva, además de al simple uso, al titular del poder le concierne el deber de usarlo de cierta forma, especialmente si, aunada a la del daño, existe la prueba de haber sido causado por el demandado mediante alguno de aquellos hechos o, cuando así esté dispuesto, no existe la de la disculpa, o la de la "causa extraña".
 - c. Quien haya leído con cuidado notará que, al deber descrito *sub b* (*supra*), se anticipa, pues, la obligación reparadora del demandado responsable, reflejada en el derecho de la víctima demandante, el cual derecho, siendo sustancialmente distinto del de acción, se integra con este de tal guisa que, al hacer debido el ejercicio del poder, hace debido su ejercicio específico en el sentido de confirmar la obligación del segundo de pagarle la indemnización al primero.
 - d. Según esto, víctima demandante y responsable demandado, están sujetos al poder jurisdiccional del juez, pues aunque él no estatuyó la relación final (la obligación) que abstractamente los vincula, al corroborar su existencia no pudo menos que concretar el vínculo y, por lo tanto, disponerle una completación que, desde luego, les concierne a las partes como que son ellas las que la padecen en lo inmediato.

- e. Al punto se ve que no todo demandado es responsable, ni todo responsable es demandado, lo que equivale a sentar, contrariamente a la convicción más extendida, que un sujeto jurídico no es responsable porque un juez lo obligue a indemnizar, sino que lo obliga a indemnizar porque, justamente, es (o lo halla) responsable.
 - f. No es cierto, entonces, que la responsabilidad se resuelva en la estricta sujeción de un sujeto jurídico al poder jurisdiccional, sancionador, de otro. Bien podría faltar la instancia requerida para el uso de aquel poder y, sin embargo, en cuanto haya existido la infracción del deber de no dañar (o en cuanto esa existencia pueda comprobarse) a la vista de las formulaciones legales de los arts. 2341 a 2360 (República de Colombia, 2021a), al sujeto de la infracción podrá tenerse por responsable.
130. Si, como se ha disertado hasta ahora, se es responsable por infringir un deber, pero la responsabilidad es algo distinto del deber infringido, así como distinta es de la obligación en que ella revierte, habrá que aceptar que la responsabilidad civil extra-contractual no tiene una existencia autónoma; antes bien, ella caracteriza el empeño lingüístico de los abogados de amojonar, acaso de aquietar, lo que, como el vaivén de la marea, es de suyo movedizo porque movediza es la realidad del Derecho.
131. Lo ilícito es un hecho transformado en Derecho —en obligación— y este, en un ciclo incesante, se transforma en hecho (el lícito, cumpliendo la obligación, o el ilícito, incumpléndola). En suma, la responsabilidad civil extra-contractual acusa esa transformación (*vid.* núms. 144 y ss., *infra*), a la par que la aptitud jurídica de un hombre (el responsable) para sufrirla.

Tercera parte

Prospección de la responsabilidad civil extra-contractual

132. Porque el tiempo se asemeja a un flujo escurridizo, el presente es de ese flujo como una suspensión imaginaria que a la incertidumbre de lo que será, y a la frustración de lo que fue, opone la certeza de lo que es. Es un dique que la inteligencia se construye a fin de no sucumbir bajo el

impetuoso empuje de la vida. El error está en el olvido del artificio y, por lo tanto, en la fantasía de que el efecto determinado con su ayuda corresponde a la realidad *in natura*.

133. El río, más tarde o más temprano, recuperará su curso. Por eso la perspectiva de la responsabilidad civil extra-contractual, usando de un giro carneluttiano, significa el intento de contemplar aquella realidad cambiante en los contornos en que el cambio resulta imperceptible, es decir, en el presente. Empero, como quedó advertido arriba (*vid.* núms. 130 y 131, *supra*), ella no tiene más realidad que la que le confieren su pasado y su porvenir. Sobre esto último, convenientemente sugerido en el prospectivo, versará el estudio prospectivo.

Primera sección

La prospectiva de las cosas

134. Claro es que, pasado el daño, suele verse a dos o más hombres mediados por una cosa dañada.
135. Pero el Derecho no serviría para lo que tiene que servir si, acontecido el mal de alguno, para resarcirlo, no impusiera el sacrificio del bien de otro, precisamente el de quien, por faltar al deber de no dañar, es titular de la obligación de reparar.
136. Como objeto intermedio de los sujetos de la imagen del daño es necesario, en reemplazo de la cosa mala, poner una cosa buena, o sea, una idónea para hacer un bien. Urgiendo este reemplazo consume el Derecho una parte considerable de sus fuerzas.
137. Por tanto, la averiguación debe orientarse al conocimiento de los bienes del responsable, que deben ir a parar a las manos de la víctima.
138. La correcta examinación de esos bienes no puede prescindir de la consideración de los bienes alterados nocivamente y, sobre todo, de la de las necesidades del hombre que, porque ya no puede satisfacerlas con estos, espera lograrlo con aquellos.
139. Desde este punto de vista, al bien dañado puede sustituirse uno idéntico, o uno equivalente o uno diverso (Carnelutti, 2006b).
140. Será lo primero (Carnelutti, 2006b) (lo idéntico) cuando el de reemplazo y el reemplazado tengan, de cara a la satisfacción de la necesidad de un

hombre, las mismas características o atributos y, por consiguiente, la misma capacidad satisfactoria. Como ejemplo de identidad puede ponerse el de quien habiendo padecido la pérdida total de su carro, recibe otro de características idénticas o semejantes⁶⁶ con el que, con igual provecho, puede transportarse.

141. Será lo segundo (Carnelutti, 2006b) (lo equivalente) cuando el bien de reemplazo, distinto en sus características del reemplazado, de acuerdo con la medida monetaria imperante en la República, tenga la misma medida de aquel, es decir, su mismo valor. Sirve de ejemplo de equivalencia el del individuo a quien, para repararle la pérdida total de su carro, le es entregada una suma de dinero suficiente para que pueda comprarse otro de cualidades idénticas o semejantes.
142. Será lo tercero (Carnelutti, 2006b) (lo diverso) cuando no habiendo entre los bienes de reemplazo y reemplazado comunidad de rasgos formales (como cuando hay identidad) ni, tampoco, intelectuales (como cuando hay equivalencia), con base en un cálculo fundado en una más o menos imprecisa vivencia de las necesidades y de su satisfacción, se confía en que, gracias al bienestar experimentado con la tenencia del primero, a la víctima se le compensará por el malestar que le produjo la pérdida del segundo. Si no me equivoco, a la reparación del llamado daño moral se provee a menudo recurriendo a este expediente. Supóngase la variación anímica acusada por la esposa del hombre que muere a consecuencia de un

66 Debo aclarar que la identidad y la semejanza son conceptos a los que hay que evitar confundir. El primero significa que dos cosas tienen los mismos atributos o cualidades. El segundo, cuya contracara es el concepto de diversidad, es, por eso, más relativo que el primero, y significa que dos cosas comparten algunos atributos, mientras que no comparten otros. La exaltación de las cualidades comunes da la semejanza de las cosas; la observación de las cualidades particulares da su diversidad. Por eso, a propósito del ejemplo de la identidad del bien de reemplazo y del reemplazado, se ve que ella se refiere, en lo fundamental, a la utilidad que ambos le reportan a la víctima, lo cual, en principio, no deja de ser cierto porque el color del carro dañado fuera negro y el del nuevo, en cambio, blanco. Ahora: ya que el Derecho, además del interés que aparece como inmediatamente lesionado, protege otros tantos dependientes de aquel o que, aunque se juzgan menos importantes, también se estiman lesionados con la alteración del bien (piénsese en el interés de la víctima en el dinero que pagó de más por el color negro del carro), puede disponer que la reparación, ante la imposibilidad de efectuarla con un bien a esos respectos idéntico al que se echó a perder, deba hacerse, según lo que explicaré más adelante, con uno equivalente o uno compensatorio (*vid.* núms. 143 y 144, *infra*).

atropellamiento y que, en compensación, recibe una determinada suma de dinero. Como es de prever que el interés que ella tenía en el bien afectado con la muerte de su marido (su propio cuerpo en su aspecto psíquico, o acaso su psique en cuanto bien distinguible del cuerpo en el que reside *vid. núm. 106, supra*) —dependiente como era del interés en la vida de aquel— no puede reparársele entregándole un bien de atributos idénticos o —si es que se admite que no hay equivalencia posible— entregándole uno equivalente, se espera que con la tenencia del dinero recibido pueda aliviar una necesidad que mitigue la aflicción sentida por la que ya nunca podrá aliviar.

Segunda sección

La prospectiva de las relaciones

143. Aun cuando, inicialmente, el daño se materializa en el cambio de un bien y, por este, en el del interés que le respecta, mal se diría si se dijera que sus efectos no se transmiten, con más o menos intensidad, a otros intereses distintos pero anejos a aquel.
144. Al legislador del Cód. civ. no le fue ajena la exactitud de esa afirmación, a juzgar por el tenor del art. 1614 (República de Colombia, 2021a):
Entiéndese por daño emergente el perjuicio o la pérdida que proviene de no haberse cumplido la obligación o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado su cumplimiento; y por lucro cesante, la ganancia o provecho que deja de reportarse a consecuencia de no haberse cumplido la obligación, o cumplídola [sic] imperfectamente, o retardado su cumplimiento.
145. Antes, en el primer inciso del art. 1613 del Cód. civ. (República de Colombia, 2021a), se lee que “[l]a indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y lucro cesante, ya provenga de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento”.
146. Cualquiera puede darse cuenta de que si la reparación de un daño, como dice el art. 1613 (República de Colombia, 2021a) precitado, comprende el *daño emergente* y el *lucro cesante*, aquel y este no son lo reparador sino lo que se repara, quiero decir, son los intereses, actuales o posibles, ofendidos, y no, en cambio, los bienes con los que se deshace la ofensa.

147. En la emergencia del daño está envuelta, con arreglo a la experiencia, la suposición de que la víctima, para restablecer el interés afectado, debe sacrificar un interés distinto mediante la disposición de otro bien. Así, quien sufre la avería de su carro a causa del impacto de una motocicleta, seguramente tendrá que pagar con dinero lo que cuesta su arreglo. Se entiende que si, para el afectado, la tenencia del dinero constituye un interés, su entrega, o la necesidad de hacerlo para componer la máquina, conlleva un daño o, al menos, su posibilidad.
148. La cesación del lucro, por su parte, descansa en la asunción legal de que el daño del bien al que se refiere el interés inmediatamente afectado no tanto menoscaba otros intereses dependientes de aquel, cuanto la posibilidad de constituirlos, a lo que, con mayor propiedad, se le llama oportunidad (*vid. lit. e, núm. 91, supra*). Si, de acuerdo con el ejemplo del número 148 (*supra*), el carro averiado es un taxi, entonces, en adición del interés que tiene en el dinero que hace falta para su compostura, las consecuencias del daño resentirán la oportunidad de conseguirlo mediante su acostumbrada explotación.
149. Sobre lo anterior inmediato, quiero hacer los siguientes apuntamientos explicativos:
- a. El daño emergente y el lucro cesante designan la lesión de intereses con una existencia dependiente —simultánea o sucesiva— de la del interés directamente lesionado.
 - b. De acuerdo con esto, no faltándoles razón para hacerlo, los noticiosos de la responsabilidad civil diferencian el daño del perjuicio, en el entendido de que este —en la forma del daño emergente o del lucro cesante— para los fines de la reparación, expresa la medida dineraria de aquel.
 - c. Alguna vez podrá suceder que el interés directamente lesionado sea el que alguien tiene en su dinero o en cierta cantidad de este. A ese propósito, los más peritos gustan hablar de *daño patrimonial puro*.
 - d. En particular, cuando el daño emergente no se ha traducido aún en el sacrificio del interés adjunto del inmediatamente lesionado y, en general, en el lucro cesante, esto es, cuando, a consecuencia de la lesión inmediata de un interés, es sacrificada la posibilidad de establecer uno nuevo, se ve claro que el Derecho sirve su tutela, mejor que por el daño, por la aparición del peligro o por la desaparición de la oportunidad (*vid. lit. e, núm. 91, y lit. d, núm. 96*).

- e. De aquí que si el peligro y la oportunidad son, respectivamente, el daño y el interés en gestación, también podría decirse, sin desdoro del rigor, que son un daño o un interés de menor entidad. Así, si, en veces, para operar su reacción, el Derecho no espera a que el interés sea lesionado o a que lo lesionado sea el interés, la dosis mínima del daño será el peligro, mientras que la de lo dañado será la oportunidad.⁶⁷
150. Más arriba, al tratar de la perspectiva de las relaciones jurídicas comprometidas en la responsabilidad civil extra-contractual, dije que el deber de no dañar que, de manera general, se reconoce en los enunciados del hecho propio, del hecho ajeno, de la actividad peligrosa y de la responsabilidad objetiva, cuando quiera que es infringido, demuda en la obligación de reparar, comúnmente llamada *indemnización*.
151. De este modo, si el deber y la obligación son relaciones que unen a varios hombres, sujetos jurídicos, la responsabilidad civil extracontractual importa, para los mismos sujetos, el cambio de una relación por otra y, por esto, siempre que se mire más en el fondo, la conversión de la necesidad de no hacer el mal por la de hacer el bien.
152. ¿Amerita ese cambio relativo —de relaciones— el nombre de sanción? Antes de la respuesta es necesaria una averiguación sobre los términos de la pregunta o, mejor aún, sobre su término crucial: el de *sanción*.
153. Quizás su definición más célebre es la que lo hace consistir en un acto coactivo del Estado, o sea, de uno o varios hombres que lo representan. A mi juicio, esta fórmula tiene la ventaja de poner el acento en la coacción, que es, en definitiva, un dato fáctico, pero tiene la desventaja de ocultar o, por lo menos de no exaltar suficientemente el dato normativo, pese a que a ese fin se encamina la utilización del adjetivo estatal.
154. Si, a primera vista, el Derecho se revela en preceptos, es decir, en la indicación a ciertos hombres (a los que pasan por sujetos jurídicos) de lo que deben hacer y de lo que no, una apreciación posterior enseña que,

67 La hipótesis del inciso segundo del art. 2355 del Código civil se aviene bien a esta observación:

“Si hubiera alguna cosa que de la parte de un edificio o de otro paraje elevado amenace caída o daño, podrá ser obligado a removerla el dueño del edificio o del sitio, o su inquilino, o la persona a quien perteneciere la cosa, o que se sirviere de ella, y cualquiera del pueblo tendrá derecho para pedir la remoción”.

para estimular la obediencia de sus destinatarios, a los preceptos se les añade la amenaza de un mal o —en una proporción harto inferior— la promesa de un bien como reacción, ya a la conducta disconforme, ya a la conforme, lo que, a la sazón, deriva en preceptos dirigidos a otros hombres encargados de preparar la realización de la una (de la amenaza) o de la otra (de la promesa).

155. Esta urdimbre de preceptos y de sanciones amenazantes o promisorias que caracteriza al Derecho todo, no puede menos que caracterizar, también, a la parte de aquel que se identifica con la responsabilidad civil extra-contractual. Si el hecho propio, el hecho ajeno, la actividad peligrosa y la responsabilidad objetiva connotan el deber de no dañar es porque, a la hipótesis de su realización mediante alguna de las conductas connotativas, está enlazada una consecuencia (una reacción he dicho en otra parte) amenazante.
156. ¿En qué consiste esa consecuencia? Ante todo —ya lo advertí—, en un cambio de relaciones jurídicas en vista de un hecho o, con mayor exactitud, de un acto ilícito.
157. Puesto que el acto que incide en el cambio de las relaciones produce un mal, un daño, la relación que sobreviene impone la necesidad normativa de producirse a quien tenía el deber de no producirlo. Por eso, al acto ilícito, que se traduce en el sacrificio del interés que la víctima tiene en alguno de sus bienes, el Derecho reacciona mandando el sacrificio del que el responsable tiene en los suyos.
158. Después, algunas perplejidades que este asunto entraña se disuelven con la distinción entre aquel cuyos intereses deben sacrificarse y aquel a quien le compete sacrificarlos. Lo característico de la responsabilidad civil extracontractual es, tan pronto como se verifica la ocurrencia del ilícito, hacer del responsable el paciente y el agente del sacrificio, o sea, el sujeto pasivo y, al mismo tiempo, el sujeto activo de la reparación.
159. El signo de esa diversidad de funciones en la unidad del sujeto responsable es —como está insinuado a lo largo de mi discurso— la obligación. Con todo, es probable que, aunque le está mandado hacerlo, aquel sujeto se niegue a ser el ejecutor de su propio sacrificio. La víctima, en quien la obligación reparadora del infractor se refleja como un derecho subjetivo, puede instar el sacrificio ajeno. Si el responsable no está dispuesto a tomar lo suyo para dárselo a la víctima, esta última puede hacer que alguien más lo tome por aquel.

160. Sobre este tomar por, o contra alguno, lo que es de él, se percibe, distintamente, el signo del poder, en especial el del poder jurisdiccional al que aludí antes (*vid.* núm. 129, *supra*). Empero, si en ese entonces se mostró al poder enderezado a la confirmación de un hecho convertido en obligación, cuando la víctima aduce el incumplimiento de esta, el poder ejercido trae aparejada la virtud de convertir la obligación en hecho, concretamente en el de la sustracción de los bienes del responsable para dárselos a la víctima.
161. Esta sustracción, a la que concurren el juez y sus auxiliares, es el acto coactivo estatal. Según mi explicación, con él se lleva adelante una modificación del mundo, la definitiva en orden a la reparación del daño, que está precedida de otras varias, faltando las cuales aquella no sería jurídicamente practicable.
162. Toda vez que la palabra *sanción* es utilizada para calificar la reacción prevista por el Derecho a propósito de la ocurrencia del mal o —con una frecuencia inferior— de la del bien, la reacción que se le proporciona al hecho propio, al hecho ajeno, a la actividad peligrosa y a la responsabilidad objetiva, hechos dañinos por definición, no puede menos que considerarse sancionadora, lo que, dicho sea de paso, advierte la ilicitud que se le atribuye a aquellos actos.
163. Bien observadas las cosas, así como el acto debido, el que satisface la obligación, no se confunde con ella, el acto coactivo no debe confundirse con el imperativo cuyo cumplimiento él representa. En realidad, el juez no puede hacer la transformación a la que el responsable se rehusó sino en cuanto, tomando los bienes de aquel, le constituya el deber de hacerla a un funcionario ejecutivo.
164. Al cabo de estas ideas no le será muy difícil percibir al lector que, en estricto sentido, la sanción no es algo distinto de una obligación, o de una unión sucesiva de ellas. Su gravedad corre pareja, en tratándose de la responsabilidad civil extra-contractual, con la tendencia a sustituir, a la obligación reparadora del responsable la del funcionario ejecutivo, lo que, en el plano de la coactividad, significa el incremento de la probabilidad de la coacción merced de la indocilidad del susodicho responsable para obrar con sus bienes la reparación debida.
165. La sanción, pues, es un programa normativo en el que el término *a quo* es la obligación y el *ad quem* la sujeción. Para comprender esto quizás

sea útil el lenguaje pintoresco: si amenazando al responsable con atarle las manos, dejándoselas sueltas, este no toma de su hacienda lo que le corresponde a la víctima, el Derecho se las ata para que no le impida poner las suyas. Entre la amenaza y su cumplimiento la diferencia no es sustancial sino gradual; la insensibilidad a la experiencia de la coacción ajena (lo que equivale a una coacción remota, a la coactividad) se remedia con la experiencia de la propia.

Tercera sección

La prospectiva de los hechos

166. La actuación de la sanción de la responsabilidad civil extra-contractual, bien mediante el acto debido, bien mediante la coacción, es a lo que, en general, le es dado el nombre de *indemnización*.
167. La indemnización, que, por su etimología, significa liberar del daño, de acuerdo con lo examinado en sede de la *prospectiva de las cosas* (vid. núms. 134 y ss., *supra*), puede conseguirse permitiéndole establecer a la "víctima", sobre un bien idéntico, equivalente o diverso al del interés dañado, un nuevo interés.
168. Por lo demás, como no sea de la *ejecución in natura* y del *pago por equivalente* (que designan, aproximadamente, la indemnización con un bien idéntico o equivalente al del interés lesionado) de los que tanto se habla en la responsabilidad civil contractual, en la fraseología de la responsabilidad civil extra-contractual no estoy al tanto de designaciones específicas para las distintas especies de la indemnización en atención a la cualidad idéntica, equivalente o diversa del bien que le debe ser procurado a la víctima. Estoy persuadido de que un mayor desarrollo de la ciencia que tiene en esa responsabilidad su objeto no será posible mientras, con una terminología adecuada a los usos de la cotidianidad forense, no se destaquen las diferencias que existen entre las diversas manifestaciones de un mismo género de actos.

Conclusiones

1. También el Derecho, de acuerdo con el imperativo délfico, está llamado a *ser el que es*. Por consiguiente hay que *conformarlo*, y su *conformación* tiene que ser *suficiente*.
2. Puesto que la *conformación* es un *acto*, y en el *acto* algo *deviene* y algo *es*, algo cambia y algo permanece, su *suficiencia*, según le convenga al *devenir* o al *ser*, será *modal* o será *sustantiva*.
3. A la *suficiencia* se opone la *insuficiencia*, y esta última tiene una apariencia bifronte: a veces aparece como exceso y otras, en cambio, como defecto.
4. La *insuficiencia* por exceso es combatida por el Derecho con los remedios *depuradores*: en lo *modal*, sobre todo, con la *invalidación*; en lo *sustantivo*, mediante los criterios de la especialidad, la temporalidad y la jerarquía.
5. La *insuficiencia* por defecto es combatida por el Derecho con los remedios *integradores*: en lo *modal*, sobre todo, con la *convalidación*; en lo *sustantivo*, mediante la *analogía*, el *argumento a contrario*, la *costumbre* y la *equidad*.
6. La *nulidad* y el *restablecimiento del derecho*, en el ámbito del Derecho administrativo, es un modelo de remedio preeminentemente *depurador*.
7. La conformación, a más de *depuradora* y de *integradora*, puede ser *confirmadora*.
8. Si con la *depuración* y con la *integración* el Derecho se procura una existencia (*modal* y *sustantiva*) suficiente, con la *confirmación*, después de la existencia, el Derecho se procura la certeza.
9. A esa procuración el Derecho provee mediante la especificación de la norma general, o mediante la generalización de la norma especial. Lo primero da la *confirmación descendente*; lo segundo resulta en la *confirmación ascendente*.
10. El régimen de la *responsabilidad civil extra-contractual*, que está constituido por normas generales documentadas en el Cód. civ. entre los arts. 2341 y 2360, ha venido a ser, por la necesidad de especificación, un modelo de *confirmación descendente*.

Referencias

- Asamblea Nacional Constituyente (2016). *Constitución política de Colombia (1991)*. Medellín: Librería Jurídica Sánchez R., Ltda.
- Carnelutti, F. (1971). *Derecho y proceso*. Buenos Aires: Ejea.
- _____. (2003). *Teoría general del derecho*. Granada: Editorial Comares.
- _____. (2004). *Sistema de derecho procesal civil (T. I)*. Buenos Aires: Uteha Argentina.
- _____. (2005). *Las miserias del proceso penal*. Bogotá: Editorial Temis, S. A.
- _____. (2006a). *Arte del derecho. Seis meditaciones sobre el derecho*. Lima: ARA Editores.
- _____. (2006b). *Teoría general del derecho*. Lima: ARA Editores.
- _____. (2013). *Cómo nace el derecho*. Bogotá: Temis, S. A.
- _____. (s. f.). *Teoría general del delito*. Madrid: Editorial Reus.
- Corte Constitucional de Colombia (2005). *Sentencia C-590 del 2005*.
- De Miguel, R. (1931). *Nuevo diccionario latino-español etimológico*. Madrid: Sáenz de Jubera Hermanos.
- Jaramillo, J. T. (2007). *Tratado de responsabilidad civil (T. I)*. Bogotá: Legis Editores, S. A.
- Larrañaga, P. (s. f.). *El concepto de responsabilidad*. Ciudad de México: Distribuciones Fontamara.
- _____. (1887). *Ley 153 de 1887*.
- _____. (1913). *Ley 4 de 1913*.
- _____. (1991a). *Decreto 2067 de 1991*.
- _____. (1991b). *Decreto 2591 de 1991*.
- _____. (1992). *Ley 5 de 1992*.
- _____. (1996). *Ley 270 de 1996*.
- _____. (1999). *Ley 497 de 1999*.
- _____. (2000). *Código penal (Ley 600 de 2000)*.
- _____. (2004). *Ley 909 de 2004*.
- _____. (2012). *Ley 1563 de 2012*.
- _____. (2013a). *Código procesal del trabajo (Decreto ley 2158 de 1948)*. Bogotá: Legis Editores, S. A.
- _____. (2013b). *Código sustantivo del trabajo*. Bogotá: Legis Editores, S. A.
- _____. (2015a). *Código del comercio (Decreto 410 de 1971)*. Bogotá: Legis Editores, S. A.
- _____. (2015b). *Código general del proceso (Ley 1564 de 2012)*. Bogotá: Legis Editores, S. A.
- _____. (2017). *Acto legislativo 1 de 2017*.
- _____. (2019). *Ley 1957 de 2019*.
- _____. (2021a). *Código civil*. Bogotá: Tirant Lo Blanch.
- _____. (2021b). *Código de procedimiento administrativo (Ley 1437 de 2011)*. Bogotá: Legis Editores, S. A.
- _____. (2021c). *Código de procedimiento penal (Ley 906 de 2004)*. Bogotá: Legis Editores, S. A.



Universidad
Pontificia
Bolivariana

SU OPINIÓN



Para la Editorial UPB es muy importante ofrecerle un excelente producto. La información que nos suministre acerca de la calidad de nuestras publicaciones, será muy valiosa en el proceso de mejoramiento que realizamos.

Para darnos su opinión, comuníquese a través de la línea (57)(4) 354 4565 o vía correo electrónico a editorial@upb.edu.co. Por favor adjunte datos como el título y la fecha de publicación, su nombre, correo electrónico y número telefónico.

Se trata de un libro compuesto por dos partes: en la primera, según las reglas del Código de procedimiento administrativo, se examina la función predominantemente depuradora del "medio de control" de la "nulidad y el restablecimiento del derecho"; en la segunda, según las reglas del Código civil, se examina el desarrollo primordialmente confirmadora de la "responsabilidad civil extra-contractual".

